



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA:

**LA MEDIACIÓN PREVIA EN MATERIA TRANSIGIBLE DE NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA: UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO
GENERAL DE PROCESOS (COGEP)**

AUTOR:

MANUEL ENRIQUE ARÉVALO RIVERA

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTOR:

MSC. JUAN CARLOS VIVAR

GUAYAQUIL, ECUADOR

2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el abogado Manuel Enrique Arévalo Rivera, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

MSC. JUAN CARLOS VIVAR.

REVISORA

PHD. NURIA PEREZ PUIG-MIR

DIRECTOR DEL PROGRAMA

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Manuel Enrique Arévalo Rivera

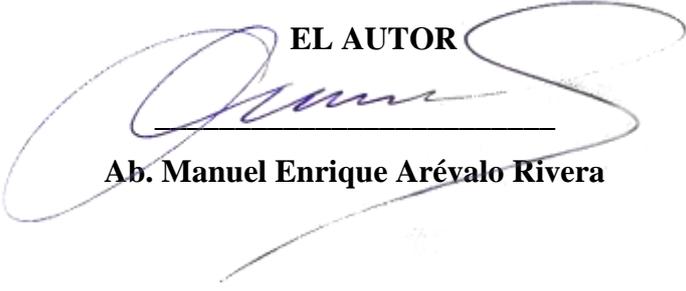
DECLARO QUE:

El proyecto de investigación “**La mediación previa en materia transigible de niñez y adolescencia: Una propuesta de reforma al Código Orgánico General de Procesos (COGEP)**” previo a la obtención del grado académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan dentro del mismo, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente, este trabajo es de mi total autoría.

En virtud esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del grado académico en mención.

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR


Ab. Manuel Enrique Arévalo Rivera



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

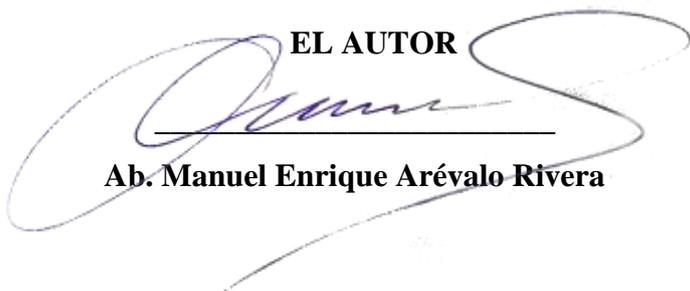
AUTORIZACIÓN

Yo, Manuel Enrique Arévalo Rivera

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG), la publicación en la biblioteca de la Institución del proyecto de investigación previo a la obtención del grado académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal titulado: **“La mediación previa en materia transigible de niñez y adolescencia: Una propuesta de reforma al Código Orgánico General de Procesos (COGEP)”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR



Ab. Manuel Enrique Arévalo Rivera

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres, Mercedes María Rivera Morales y Julio Mario Arévalo Benítez (+), quienes han sido, son y serán por siempre la luz que alumbra la senda que transito; a mis hermanos, Julio Miguel y Juan Pablo Arévalo Rivera, con quienes voy recorriendo el camino; y, a mis demás familiares, quienes sienten como suyos los pasos que doy en el recorrido.

Manuel Enrique Arévalo Rivera

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a todos mis familiares; en especial, a mi padre, doctor Julio Mario Arévalo Benítez (+), fuente y motor principal e inagotable de toda mi inspiración académica.

Manuel Enrique Arévalo Rivera

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	XI
ÍNDICE DE TABLAS	XVII
RESUMEN	XIX
ABSTRACT	XXI
INTRODUCCIÓN	1
Capítulo 1	5
Fundamentos doctrinales y legales.....	5
1.1 La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.....	5
1.1.1 Aproximación conceptual al fenómeno.....	8
1.1.2 Naturaleza jurídica de la mediación.....	11
1.1.3 Caracteres fundamentales de la mediación.....	13
1.1.4 Tipologías de la mediación: La mediación familiar.....	17
1.2 La mediación, la niñez y adolescencia y el interés superior.....	21
1.2.1 La mediación en los instrumentos internacionales y en el Derecho Comparado.	23
1.2.2 El interés superior del niño en los instrumentos internacionales y el Derecho Comparado.....	30
1.3 Los niños y adolescentes: ¿objetos o sujetos de la mediación familiar?.....	35
1.4 La mediación y el interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	39
1.5 El proceso de familia y el acceso a la mediación según el COGEP y el Código de la Niñez y la Adolescencia.....	43

Capítulo 2	45
Planteamiento metodológico.....	45
2.1 Metodología.....	45
2.2 Métodos a utilizar	46
2.3 Fundamentación de las premisas.	47
2.4 Definición de las variables.	48
2.5 Operacionalización de las variables.	48
2.6 Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial.....	49
2.7 Cronograma de Ejecución.	50
2.8 Criterios éticos de la investigación.....	50
Capítulo 3	51
Resultados	51
3.1 Análisis e interpretación de la entrevista realizada a jueces de Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.....	51
3.1.1 Entrevistas a Alicia Everilda Ibarra Vega, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos	51
3.1.1.1 Interpretación.....	52
3.1.2 Entrevista a Cinthia Mariela Cajas Párraga, jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Valencia, provincia de Los Ríos.....	53
3.1.2.1 Interpretación.....	55

3.1.3 Entrevista a Antonio Aquiles Álvarez Santana, juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Durán, provincia de Guayas.....	55
3.1.3.1 Interpretación.....	58
3.1.4 Entrevista a Daniel Enrique Cambo Aguirre, juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón La Maná, provincia de Cotopaxi.....	58
3.1.4.1 Interpretación.....	60
3.1.5 Entrevista a Sonia Elizabeth Aguilar Coello, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.	61
3.1.5.1 Interpretación.....	62
3.1.6 Entrevista a Erika Fernanda Medina Arteaga, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas.....	63
3.1.6.1 Interpretación.....	64
3.1.7 Entrevista a Fabiola Magali Lagos Vargas, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.	65
3.1.7.1 Interpretación.....	67
3.1.8 Entrevista a Gloria del Rocío Segovia Vinza, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.	68
3.1.8.1 Interpretación.....	69

3.1.9 Entrevista a Lenin Ernesto Zeballos Martínez, juez de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas	70
3.9.1.1 Interpretación.....	73
3.1.10 Entrevista a Silvia Patricia Rivas Ledesma, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.	74
3.1.10.1 Interpretación.....	76
3.1.11 Entrevista a Yury Vanessa Vinuesa Granda, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.	77
3.1.11.1 Interpretación.....	78
Capítulo 4	80
Discusión.....	80
4.1 Análisis integral de la necesidad de incluir la mediación previa en los procesos de materia transigible de niñez y adolescencia en el COGEP, a partir de los resultados obtenidos.	80
Capítulo 5	87
Propuesta.....	87
5.1 Propuesta de reforma al COGEP	87
CONCLUSIONES	92
RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	1

ANEXOS 9

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Operacionalización de las Variables	48
Tabla 2. Actividades	50

RESUMEN

La Constitución ecuatoriana del año 2008 reconoció la posibilidad del empleo de los Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos, lo que legitima el uso de los mismos en la práctica jurídica nacional. En los procesos judiciales por cuestiones relacionadas a la niñez y adolescencia, los jueces muchas veces derivan los procesos a mediación. Plantear la posibilidad de que, en estos asuntos, las partes accedan a la mediación como requisito previo antes de ir a un proceso judicial, constituye un planteamiento de gran valor, no solo para los intervinientes, sino para la propia administración de justicia, reduciéndose los costos y el tiempo en la solución de los litigios. A partir de estos antecedentes, este estudio se plantea como objetivo general el demostrar la pertinencia de incluir la mediación previa en materia de niñez y adolescencia y de reformar con ese objeto el Código Orgánico General de Procesos (COGEP); lo que se intentará por medio de una metodología cualitativa y cuantitativa con un enfoque descriptivo, por lo que a través de métodos como el histórico, analítico, deductivo y estadístico, y técnicas como la revisión documental y la entrevista, se intentará establecer los beneficios y la necesidad de reformar el COGEP, a los efectos de incluir la mediación previa en materia transigible niñez y adolescencia en el sistema procesal ecuatoriano. Con el estudio se ha podido concluir la relevancia de insertar la mediación previa como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencia.

Palabras Claves: Mediación; Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos; Niñez y Adolescencia; Código Orgánico General de Procesos.

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution of the year 2008 has recognized the possibility of using the Alternate Conflict Resolution Mechanisms, which legitimizes their use in national practice. In judicial proceedings for issues related to children and adolescents, judges often refer to mediation processes. Raising the possibility that, in these matters, the parties access mediation as a prerequisite and mandatory before going to court, is an approach of great value, not only for those involved, but for the administration of justice itself, reducing the costs and the time in the solution of the litigations. Based on this background, the study aims to demonstrate the relevance of including prior and mandatory mediation in General Organic Code of Processes (COGEP); which is achieved through a qualitative and quantitative methodology with a descriptive approach, so through methods such as historical, analytical, deductive and statistical and techniques such as documentary review and interview; It is possible to demonstrate the benefits and the need to reform the COGEP, in order to include prior and compulsory mediation in the issues of childhood and adolescence that are known in Ecuador by the courts. With the study it has been possible to conclude the relevance of being able to insert this type of mediation, as a procedural requirement in processes of that nature.

Keywords: Mediation; Alternate Conflict Resolution Mechanisms; Childhood and adolescence; General Organic Code of Processes.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el ser humano se encuentra inmerso en una serie de relaciones jurídicas conflictivas a las que, las herramientas tradicionales de solución de conflictos, no han podido ofrecer mecanismos eficientes de administración de justicia. En este sentido, como adecuadamente afirma la ilustre académica García, el conflicto se genera como consecuencia de la percepción contraía que realizan dos o más personas sobre un mismo hecho y que, por ende, la sociedad exige que se dirima el mismo, con sujeción a lo que se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico y a principios como el de justicia (2015, p. 2); aspecto con el que coincide Thomas quien expresa que el conflicto debe considerarse como “el proceso que comienza cuando una parte percibe que la otra afecta negativamente o está próxima a afectar negativamente a algo que le concierne” (2018, p. 653).

Teniendo ello como premisa, es claro que los sistemas de justicia deben encargarse de solucionar los litigios que surjan entre las personas, con la eficiencia y prontitud adecuadas. No obstante, en las décadas recientes, se ha demostrado que los órganos de la Función Judicial han sido insuficientes en lograr tales cometidos, aperturándole espacios importantes a los llamados Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos (MARC). La mediación, es uno de ellos, y sin duda alguna ha sido uno de los que mayor acogida ha tenido en los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que las ventajas que ofrece, como el sometimiento del conflicto a un tercero neutral, que tiene la capacidad y habilidades de ofrecer ideas que pudieran solucionar la controversia, y que permitiría adoptar un acuerdo entre las partes, lo que unido a características como la simplicidad, rapidez y acercamiento que se produce en el proceso, asegura a las partes un entorno mejor para dirimir el conflicto.

En Ecuador, la Constitución del año 2008, en su artículo 190, reconoció la posibilidad de emplear la mediación en la solución de las controversias, estableciendo como requisito

constitucional, que dicha herramienta se aplique sobre materia transigible. En el año 2015, se promulgó el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que se encargó de establecer las normas procesales relevantes sobre todas las materias, con excepción de la penal, electoral y constitucional (Art. 1); y reconoció la posibilidad de emplear la mediación en sus procesos. Es así que reconoce este mecanismo como una forma de concluir los mismos, lo que se encuentra regulado en el Art. 233 de la Ley de Arbitraje y Mediación y se vincula especialmente con el Art. 55 de la precitada norma jurídica); y, como potestad del juez y de las partes de disponer que el asunto pase a un centro de mediación (Art. 294, numeral 6). Es importante destacar, que el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), reconoce la posibilidad de mediar en cualquier asunto de competencia de la niñez y la adolescencia, claramente en asuntos de naturaleza transigible (Art. 394).

Estos preceptos que han sido enunciados, legitiman la posibilidad de mediar en asuntos de niñez y adolescencia, en cuestiones transigibles como pueden ser las relacionadas con el ejercicio de la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas y las pensiones alimenticias, constituyendo, por ende, el **objeto de estudio** de la investigación los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos. No obstante, en la realidad ecuatoriana, en este tipo de procesos, los jueces en la amplia mayoría de las ocasiones obvian la posibilidad de reenviar el caso a los centros de mediación, imponiéndole a una de las partes, el mandato judicial de cumplir lo ordenado mediante sus resoluciones.

Como es claro, la imposición de decisiones judiciales en nada favorece la construcción de una justicia real, máxime cuando se traten de temas que atañen a grupos vulnerables, por lo que el **campo de estudio** se encuentra orientado hacia la niñez y adolescencia. Es por ello que la propuesta que se pretende con la investigación que se presenta, lo que busca es de fundamentar la necesidad de reformar el COGEP imponiendo como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencia, la mediación

previa, erigiéndose ello como el **objetivo general** de estudio. Imponer por ley que, en este tipo de asuntos, la mediación se intente previamente a presentar una demanda ante el juez competente; y que, por demás, ello sea obligatorio, es decir, un requisito de procedibilidad para acceder al órgano de justicia (siempre en materias transigibles), supone no solo un descongestionamiento de los juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia del Ecuador, sino que garantiza que las partes no se desgasten en un conflicto que bien puede solucionarse, conversando y llegando a acuerdos ante un mediador.

A partir de ello, se han planteado como **objetivos específicos** los de analizar los principales postulados teóricos, legales y jurisprudenciales en torno a la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el Ecuador; justificar la necesidad de reformar el COGEP imponiendo como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencia, la mediación previa; y, proponer la reforma legal pertinente que garantice la inclusión de la mediación previa obligatoria en materia transigible de niñez y adolescencia en el COGEP.

El cumplimiento de cada uno de los requisitos enunciados anteriormente se logra mediante el diseño de una **metodología** mixta, en la que la determinación de preceptos y postulados cualitativos y cuantitativos tributan a la demostración del **problema de investigación** que se reduce a la interrogante siguiente: ¿Qué beneficios se obtendrían incluyendo la mediación previa en el COGEP como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencia? De esta forma, se emplean **métodos** diversos, de naturaleza teórica, como el histórico-jurídico y jurídico-doctrinal, los que en su conjunto han permitido el análisis de los principales postulados doctrinarios y legales sobre cada una de las variables de estudio. También se ha empleado métodos empíricos, como el análisis de documentos, que ha garantizado consultar las normas legales que legitiman el empleo de la mediación en el Ecuador, incluso en temas de niñez y adolescencia; así como la

entrevista, la que se ha realizado a varios jueces de las unidades judiciales de la familia, mujer, niñez y adolescencia del país.

Todos estos elementos se han desarrollado a través de tres capítulos. Un primer capítulo, dirigido a analizar los principales postulados teóricos, legales y jurisprudenciales en torno a la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el Ecuador, en el que se examinan cuestiones como la mediación, su concepto, tipos, naturaleza; la relación entre este mecanismo, los menores y la protección del interés superior. El capítulo segundo, se ha destinado al planteamiento metodológico, en el que se han detallado suficientemente las principales categorías de esta naturaleza, identificando el nivel de investigación, metodología, variables, población y muestra a la que ha estado dirigida la acción investigativa. Finalmente, un capítulo tercero, dirigido al análisis e interpretación de los resultados de la aplicación de los instrumentos de investigación y el planteamiento de la propuesta.

Con el estudio que se presenta, se ha logrado evidenciar los beneficios que implica reformar el COGEP con la finalidad de incluir la mediación previa como requisito para iniciar un proceso judicial en asuntos transigibles de niñez y adolescencia, lo que evidencia su **novedad científica**. Se ha evidenciado las ventajas que ello provocaría para los juzgados, la familia, el niño y la sociedad, disminuyendo el desgaste natural de un proceso de familia y acercando a los padres, con el consecuente resultado sobre el niño y adolescente. A partir de ello, la investigación logra justificar la necesidad de proceder a dicha reforma y legitima dicha acción, a través de los análisis y valores científicamente fundamentadas que, a lo largo del estudio, tienen lugar.

Capítulo 1

Fundamentos doctrinales y legales

1.1 La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos

Es claro que, en el conglomerado de relaciones sociales que pueden evidenciarse en la realidad del ser humano, diversos son los conflictos que pueden originarse y que, de hecho, surgen. De esta forma Coser afirma que para poder comprender o deducir la existencia de un conflicto determinado, es imprescindible que dos o más personas distingan una situación en la que se realiza una valoración particular sobre el riesgo efectivo de que, ciertos derechos o intereses, se están afectando o puedan vulnerarse. Además, el autor señala que debe entenderse que, en las relaciones que surgen entre las personas, se origina una lucha constante que es el resultado de la defensa de los valores y posiciones que tiene cada quien, y que busca neutralizar aquellos intereses que son antagónicos, por lo que, en ese tipo de intercambio, surgen los conflictos y ante ellos, la necesidad de solucionarlos (2012: 76).

Ante ello, en las últimas décadas se han originado posiciones que han defendido el derecho que debe reconocérseles a las personas de poder acceder a la justicia por medio del empleo de mecanismos o herramientas no tradicionales y que, ese derecho, debe erigirse como uno de naturaleza humana. En este sentido, la posibilidad de las personas de acceder a la justicia, debe ser reconocido como derecho humano, porque el conflicto es consustancial a la naturaleza misma de las personas, por lo que, la capacidad de solucionarlos, también, siendo ello relevante, en muchas ocasiones, para conservar la armonía en los entornos sociales donde tienen lugar los referidos conflictos (Cornelio, 2014, p. 82).

En este sentido, es importante destacar lo que reconoce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el que en su artículo 14 consagra el derecho de cualquier ser humano de acceder a la justicia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de

1969, reconoce este derecho en su artículo 8; lo que constituye solamente algunos referentes internacionales de gran importancia en el reconocimiento y legitimación de los MARC como formas de acceder a la justicia. Partiendo de ello, es indiscutible que los MARC deben considerarse como un derecho humano, porque la solución de los conflictos que se generan en la interacción de las personas, es indispensable para que la especie humana pueda desarrollarse plenamente e incluso, en algunos casos, sobrevivir. No debe obviarse que el hombre ha estado en muchos momentos en su historia al punto de poner en riesgo su subsistencia, y ha sido el empleo de estas herramientas, lo que ha logrado resultados satisfactorios en las relaciones entre los pueblos.

A partir de ello y considerando que algunos autores defienden que los derechos humanos deben ser consideradas como las potestades reconocidas a la especie por el hecho de ser y pertenecer a la misma y que garantizan el ejercicio de ciertos derechos y restringen la actuación de los Estados hasta cierto punto (González, 2018, p. 4), es claro que la posibilidad de las personas de acceder a la justicia, tradicional o alternativa, se erige como una potestad de naturaleza humana, que tributa a su bienestar y pleno desarrollo, así como a su permanencia como especie viva en el planeta.

De esta forma, considerar a los MARC como derecho humano por ser parte del contenido del acceso a la justicia, indica que es imperativo que cada uno de los Estados realicen cuantas acciones sean pertinentes en aras de asegurar que las personas puedan emplearlos. Ante los innegables problemas que enfrenta la justicia tradicional, los MARC como herramientas alternas en las que la voluntad de las partes, la celeridad, flexibilidad, carencia de rigidez procesal entre otros elementos, aseguran la resolución amistosa de las controversias que si se sometieran ante un juez, o por lo menos, una solución mucho más favorable y en un entorno más propicio.

A pesar de ello, el empleo de los MARC no se encuentra excepto de retos. Algunos autores refieren que la cultura del litigio, se encuentra profundamente arraigada en la ideología de las sociedades contemporáneas, por lo que las personas miran a estas herramientas con recelo y desconfianza (Hinojosa & Vázquez, 2018, p. 447). Es así que, según estos autores, es importante reestructurar el pensamiento de las personas a través de la concientización sobre las ventajas que ofrecen estos mecanismos, de forma tal que se logre un acceso a la justicia y un sistema mucho más favorables para todos; y es que, la utilización de los MARC, asegura a las partes en conflicto la satisfacción de sus intereses de mejor forma, pues al existir una mayor y mejor comunicación y acercamiento de los intervinientes, favorece el espacio para lograr mejores resultados en la solución.

Otro aspecto que evidencia la relevancia de esta institución, es la posibilidad que se logre actuar de forma efectiva sobre el trasfondo del litigio. Con el acceso al empleo de cualquiera de estos mecanismos, las partes esgrimen y argumentan libremente lo que desde cada una de las posiciones, constituye el origen del problema y la forma en que puede solucionarse, de forma tal que, los intervinientes van construyendo unidos la solución, claramente con la guía u orientación de un tercero y al final, en la amplia mayoría de ellos (ténganse en cuenta que en el arbitraje no es así), son los propios litigantes los que deciden la mejor forma de dirimir el conflicto, sin que nadie les imponga una decisión ajena a los intereses de ambos. Es así que las partes se convierten en sujetos activos de la solución a sus problemas.

Es por ello que se coincide con el criterio que, la comunicación es quizás, el valor más importante de los MARC (Rosales, 2018, p. 234). Es indiscutible que, mediante el empleo de estas herramientas, las partes a través de la capacidad comunicativa, de transmitir ideas, sentimientos y pensamientos, garantizan tener claridad de cuál es el conflicto en sí y cuáles son los presupuestos más importantes para solucionar dichos problemas. Y es que, al estar frente a frente, en un ambiente cordial y armonioso, se crea un entorno favorecedor para la solución del

conflicto, no solo por la comunicación hablada, sino que pueden considerarse diferentes formas de expresión que, en su conjunto, tributan al éxito de los mismos (Meza, 2018, p. 3). Es común ver, en los procesos judiciales sustanciados en los juzgados, que la tensión y los sentimientos encontrados se ponen en práctica entre las partes procesales, siendo la prioridad para el juzgador solucionar el conflicto sin importar sanar otras dificultades entre los litigantes, lo que si puede hacerse con los MARC.

Adicionalmente, la morosidad en la tramitación y la existencia del ritualismo en los procesos judiciales, constituye otro factor que permite evaluar como positivo el acceso a la justicia por medio de estos mecanismos. Se afirma que la demora en la administración de justicia es uno de los males que enfrentan las sociedades contemporáneas y que les imponen a las partes procesales, la obligación de conservar el ejercicio de sus acciones a elevados costos, lo que también se traduce encarecimiento para los sistemas de justicia (Peña, 2018, p. 80).

Estas ideas preliminares que han sido abordadas, constituyen sin duda alguna, ciertos elementos que eran importante señalar antes de analizar uno de los MARC más importantes: la mediación. Y no ha sido el más relevante por desmeritar al resto (negociación, conciliación, arbitraje), sino que ha sido uno de los más empleados para solucionar conflictos entre personas, principalmente cuando no median relaciones comerciales o económicas entre ellas. Es decir, cuando surgen conflictos interpersonales por relaciones de dicha naturaleza, ha sido la mediación la herramienta que con mayor habitualidad ha podido emplearse, por los elementos y características que posee. En virtud de ello, se realizará a continuación, un análisis en torno a este mecanismo de gran valor en la resolución de litigios.

1.1.1 Aproximación conceptual al fenómeno.

Aunque claramente la mediación ha tenido una mayor utilización en las últimas décadas, lo cierto es que no es reciente en la historia. Existen suficientes registros históricos sobre la

intervención de un tercer individuo en la solución de disputas (Macho, 2014, p. 933). Basta leer sobre Hermes, quien en la mitología griega en muchas ocasiones mediaba entre los propios dioses; o la amplitud de acontecimientos narrados en la Biblia; todo lo que evidencia que, desde la antigüedad, la figura del mediador se encontraba plenamente vigente en las sociedades de entonces.

Ahora, diversas son las concepciones que han sido abordadas en la doctrina sobre la mediación. Algunos autores consideran que, la mediación es sin duda un MARC y que, por ende, se encuentra estructurado sobre la base de una serie de métodos y procedimientos cuyo objetivo es la solución amistosa de litigios que se originan entre dos o más personas, sin que para ello sea necesario acudir a los órganos de justicia tradicionales (Avilés, Diez de Revenga & Jover, 2014, p. 16). Eso sí, refieren los autores que el empleo de dicha herramienta es optativo, pues las partes son las que debieran decidir sobre su empleo. Agregan los autores que la mediación es un mecanismo al que acceden las partes antes de acceder a un órgano judicial, aunque coinciden en que no debería existir impedimento para que, una vez presentada la demanda, las partes voluntariamente pudieran acceder al mismo.

De la consideración queda claro que, la mediación se fundamenta sobre una serie de metodologías, y que ese conjunto de pasos, son los que permiten conseguir el objetivo. De esta forma, la herramienta se estructura de forma tal que, el tercero neutral, que es quien dirige el proceso y crea el ambiente para el éxito del mecanismo, deberá implementar una serie de procedimientos que serán capaces de forma ordenada y coherente, de ir logrando metas dentro del conflicto, de forma tal que se logre, al final, su solución. Adicionalmente, otro elemento que deriva de la consideración de estos autores, es que, no se establece para ello, o no debiera existir, ningún momento exclusivo en el que las partes pudieran acceder a la mediación, pues si bien aconsejan que siempre sea antes de presentar las demandas o argumentos que crean el

proceso judicial; también es posible que, en cualquier momento del mismo, las partes puedan utilizar dicha herramienta.

Otros consideran que, comprender la mediación como MARC implica saber que se trata de una herramienta que garantiza el acceso efectivo a la justicia restaurativa, por lo que, en la concepción de este autor, se evidencia ciertos elementos diferentes con relación a los autores previos, porque amplía la naturaleza y elementos de dicha categoría (Mazo, 2013, p. 103). De esta forma, el autor afirma que la mediación es tan efectiva que, incluso no solo funciona de forma positiva en la resolución de conflictos interpersonales, sino que ha surtido sus exitosos efectos en conflictos bélicos, ayudando, por ejemplo, en el caso latinoamericano en Colombia en la solución de muchas diferencias entre las partes. En este sentido, lo verdaderamente relevante de la concepción de este autor, es incrementar el espectro de actuación de la mediación, no circunscribiéndola a temas penales, de familia, civiles, sino que también como mecanismo de solución alterna de conflicto, surta efectos en cualquier entorno, independientemente de la gravedad y complejidad del problema.

A partir de estos planteamientos, es indiscutible que la mediación se erige como aquel MARC que garantiza que dos o más personas, sometan su conflicto a un tercero que es neutral e imparcial, y que tiene como misión, crear un ambiente de concordia y armonía entre los litigantes, y proponer constantemente posibles soluciones que satisfagan las necesidades de los intervinientes, garantizándoles su participación activa en la construcción del acuerdo ponga de manifiesto una solución del conflicto. Es importante determinar que la mediación no solamente puede ser aplicable a los conflictos que se establecen entre dos personas naturales, sino también entre personas jurídicas e incluso, litigios de mayor envergadura entre naciones, o problemas derivados de guerras o conflictos armados entre dos o más grupos sociales.

1.1.2 Naturaleza jurídica de la mediación.

Es claro que el proceso de mediación se erige como una herramienta de gran importancia para las partes, por su capacidad de solución extrajudicial y satisfacción de cada una de las pretensiones sin necesidad de que los litigantes acudan a un juicio, siempre que, cumpliendo los parámetros establecidos por la ley, principalmente la transigibilidad de la materia sobre la que recae dicha posibilidad, las partes accedan a hacerlo. Es por ello que muy bien se ha dicho que la mediación puede considerarse como un instrumento pacificador, pues además de asegurar los intereses legítimos de las partes, es capaz de solventar cualquier tipo de dificultad que se derive de una problemática cualquiera.

Y ello constituye su principal objetivo. Maximizar cualquier posibilidad que tengan las partes de poner fin al conflicto generado. A partir de ello, es necesario establecer si este MARC posee una naturaleza jurisdiccional por las características y elementos distintivos, o sea, lo es porque debe ser considerada como una función estatal; o si, por el contrario, no posee este carácter. En este sentido, la mediación cuando es aplicable a un conflicto entre litigantes, cuya finalidad es solventar y dirimir dicha problemática, pudiera considerarse que, en efecto, se erige como una manifestación de la función jurisdiccional estatal; sin embargo, ello pierde fuerza al establecerse que esta herramienta se erige como un MARC y que la cualidad de “alternativo” indiscutiblemente le elimina cualquier expresión de contenido judicial.

Como ha quedado claro, la mediación debe ser considerada como una herramienta que lo que intenta es solucionar cualquier tipo de conflicto que exista entre dos o más personas naturales o jurídicas, empleando para ello metodologías de naturaleza amistosa y que garantice la satisfacción de los intereses de cada uno de los intervinientes, a través de la firma de una acta de mediación, en la que se deben consignar a todos los esfuerzos y acuerdos que resultan en la terminación del problema; todo lo cual permite considerar en que este proceso en sí, no

posee una naturaleza jurisdiccional, sino que, posee un carácter alternativo que garantiza a través de procedimientos y mecanismos diferentes, la resolución de los conflictos.

En este sentido, es indiscutible que la jurisdicción sería con una función innata a los Estados contemporáneos, erigiéndose como una de sus funciones soberanas y a través de la cual, estos poseen la capacidad de dirimir los conflictos que se originan en su territorio. A pesar de ello, no puede considerarse que la mediación posea una naturaleza judicial, pues, si bien tiene la capacidad de solucionar los problemas, en ella no se tiene que respetar ninguno de los elementos de la dogmática ni los formalismos y rigores legales que sí deben ser observados en el ámbito del proceso judicial. Adicionalmente, es importante considerar, que el mediador, tercero neutral e imparcial que dirige el proceso de conciliación entre las partes, no imparte justicia, sino que, lo que ofrece, según su experiencia, es aquellas soluciones posibles que satisfagan los intereses de cada una de las partes y con ello se termine el conflicto.

A pesar de ello, en torno al hecho de que el proceso de mediación puede muy claramente ser considerado como un equivalente jurisdiccional, pues, aunque no cumple con los requerimientos procesales y en torno al sujeto que participa en un intento por dirimir el conflicto, ciertamente lo que intenta es poner fin a un conflicto determinado a través de una decisión, ello es, el acuerdo de mediación (Marques, 2013, p. 30). Y es a partir de ello que estos autores, son del criterio que, considerando el carácter vinculante que tiene generalmente lo establecido en dicho acuerdo, es que también puede conferírsele a la mediación una naturaleza contractual o convencional, teniendo en consideración que las partes voluntariamente acceden a someterse a las reglas de dicho procedimiento y acatan lo establecido por ellos mismos en el documento final que da fin al proceso.

A partir de esta realidad, en el ámbito de esta investigación se considera que en efecto, la mediación como proceso que es capaz de solucionar problemas entre dos o más personas, no

posee naturaleza jurisdiccional, aunque sí debe ser considerado como un equivalente, pues si bien no es necesario que se cumpla los requerimientos y formalidades derivadas del proceso judicial ni el tercero que ayuda a dirimir el conflicto es un juez, ciertamente se cumplen con el paradigma de la administración de justicia en el sentido de que lo que busca, es solucionar un litigio que está afectando la correcta y armoniosa relación entre las personas. A partir de ello, puede serle atribuible una naturaleza convencional y contractual, pues, en la amplia mayoría de los casos las personas acuden a este mecanismo en virtud de la voluntad de hacerlo, y culminarán o solucionarán la problemática a través de la promulgación de un acta de mediación, cuyos pronunciamientos, en torno a las obligaciones y responsabilidades que cada cual asume, son vinculantes para los intervinientes.

1.1.3 Caracteres fundamentales de la mediación.

Diversas y variadas han sido las características que han sido esgrimidas en la doctrina en torno a la mediación. De la revisión bibliográfica que se ha realizado, se han podido distinguir determinados elementos en los cuales la amplia mayoría de los autores coincide que son específicos de este mecanismo, dentro de lo que se encuentran la confidencialidad, voluntariedad, neutralidad, autocomposición, complementariedad y extrajudicialidad. Es así que, para mayor claridad, se realizarán breves menciones a lo que la doctrina ha considerado respecto a cada una de ellas.

Se afirma que la confidencialidad debe ser considerada como uno de los principios fundamentales de esta herramienta, porque es un elemento de gran importancia en el logro de la confianza que debe generarse entre las partes y el tercero, asegurando de esta forma la franqueza necesaria para la solución del conflicto, eslabón sustancial en el éxito del mismo. En este aspecto, se considera que esta característica debe analizarse desde dos sentidos, uno positivo que se refiere a la necesidad de mantener secreto sobre cada uno de los hechos y

argumentos establecidos en las sesiones del proceso en sí; y, otro en sentido negativo que le impone a los intervinientes la obligación de no divulgar ni utilizar de ninguna forma, la información o cualquiera de los elementos probatorios que hubieren sido incorporados al proceso, una vez terminado, incluso si es que se hubiere o no llegado a un acuerdo (Viola, 2010, p. 2).

En este sentido, la confidencialidad es un elemento importante, porque le asegura a las partes que cualquier alegación incriminatoria o de afectación de responsabilidad que se hubiera realizado a lo largo del proceso de mediación, no podrá ser utilizada a favor o en contra de uno u otro de los intervinientes, por lo que garantiza que cada uno de los datos y hechos que se conocieron en el mismo sean reservados, lo que da certeza a las partes de que cuánto digan o aporten durante dicho proceso no será utilizado en su contra en un futuro (Martínez, 2018, p. 22).

En torno a la voluntariedad, ello hace alusión indiscutiblemente al hecho de que, se trata de un procedimiento de naturaleza voluntaria en el cual nadie puede imponer la solución del conflicto, lo que indica que las partes litigantes deben poder arribar a un acuerdo sin ningún tipo de presión o coacción, así como sin ningún tipo de imposición de ningún sujeto ajeno al mismo. La voluntariedad debe manifestarse o garantizarse en tres momentos, al inicio, con la decisión individual de las partes de continuar con el proceso la mediación; en un segundo momento con la voluntad o decisión de cada parte de dar por terminado en cualquier momento dicho procedimiento; y, en tercer lugar, es imprescindible considerar que el acuerdo de mediación ha sido consecuencia de la voluntariedad de las partes, por lo que hay que respetar el conjunto de obligaciones y responsabilidades que han sido asumidas en el mismo, claramente, siempre que no atenten contra el ordenamiento jurídico (Tarud, 2013, p. 123). Es por ello, que no puede considerarse a la mediación previa como una vulneración del principio de voluntariedad que rige este procedimiento, pues, las partes pueden en cualquier momento

decidir renunciar al mismo, ante lo cual, deberá extenderse la correspondiente acta de imposibilidad de mediación que permita el inicio del proceso judicial.

Pero también la mediación se caracteriza por su neutralidad, el que debe considerarse fundamentalmente con la postura que asume el tercero que ayuda a los contendientes a establecer soluciones posibles a su problema. En este sentido es claro que, el mediador, al ser la persona que aconseja los intervinientes y crea el entorno y el espacio suficiente para conseguir el objetivo, que es la solución del conflicto, no debe imponer una decisión o solución a las partes, sino que su actitud debe centrarse en un código de comportamiento que se encuentre acorde con las exigencias del procedimiento en sí.

La neutralidad debe erigirse no sólo como una característica sustancial del proceso de mediación, sino que también debe establecerse como la principal responsabilidad del mediador (Rodríguez, 2011, p. 153). Ello se traduce en la imposibilidad de que este sujeto imponga a las partes su perfección o consideración en torno a la solución del proceso, por lo que, sus criterios no deben prevalecer por sobre el de los litigantes. Si bien es cierto pueden realizarse determinadas propuestas, éstas deben responder a la satisfacción de los intereses de los litigantes y no del mediador, de forma tal que, el enfoque que ofrezca en sus consejos, no debe responder a parcializaciones como unos u otros contendientes.

La mediación también es autocompositiva. Aquello implica que el proceso de mediación debe ser asumido como una herramienta mediante la cual son las propias partes intervinientes, quienes se encuentran en conflicto, las que construyen, por sí mismas, la solución a dicho problema, por lo que, son ellas mismas las que deciden los elementos que debe contener el acuerdo y, si bien es cierto que reciben la colaboración del mediador, este solamente es un director del procedimiento, un individuo que recomienda y aconseja, más no impone soluciones.

En torno a esta característica es importante destacar que la mediación, como mecanismo autocompositivo puede ser considerada, aquello ya se defendió previamente, como un equivalente jurisdiccional (Carnelutti, 2011, p. 202). También se puede pensar que la mediación es una herramienta anormal por medio de la cual se termina cualquier tipo de conflicto (Alcalá-Zamora, 2019, p. 35). Por lo tanto, la mediación también puede ser vista como una herramienta que se encuentran dentro de esta característica (autocompositiva), porque depende de la voluntariedad de las partes culminar un conflicto determinado.

Otra de las características, es la complementariedad. En este sentido, la mediación como mecanismo alternativo capaz de resolver conflictos, debe ser tomada en cuenta como un complemento de la función judicial, por lo que no debe asumirse como un procedimiento meramente alterno al proceso judicial, ni que excluye a aquel, por el contrario, la mediación debe afrontarse como un mecanismo que debe tener la capacidad de adaptarse a los requerimientos del proceso judicial, a los derechos de las personas, de forma tal que sería como una opción a elegir en el ámbito de la administración de justicia y como una alternativa y complemento a su acceso. En este sentido, la mediación debe encontrarse situada a la par que el proceso judicial, con la finalidad de garantizar a las partes la posibilidad de elegir a qué tipo de procedimiento desean someterse, por lo que, visto de otro modo, el ordenamiento jurídico no debe prohibir que las partes puedan elegir el tipo de procedimiento mediante el cual quieran ver satisfechas sus necesidades y solucionar sus problemas.

Finalmente, la mediación se caracteriza por ser extrajudicial, lo que implica que el conglomerado de métodos y herramienta que son empleados dentro de dicho proceso, serán fuera del ámbito judicial, sin ningún tipo de relación con este punto. Lo que sí puede suceder, es que, dentro de un proceso judicial determinado, el juez remita la causa a un centro de mediación especializado con el objetivo de que las partes intenten dirimir su conflicto; sin embargo, ciertamente la decisión de las partes de acceder a un mecanismo de esta naturaleza

sin necesidad de acudir a un órgano judicial; o, de hacerlo previamente antes de entablar un proceso judicial, evidencia del carácter extrajudicial de este tipo de procedimiento.

1.1.4 Tipologías de la mediación: La mediación familiar.

Variada son las clases de mediación existente en la práctica. En este sentido, considerando los sujetos intervinientes y la naturaleza del conflicto, pueden determinarse diferentes tipologías de este mecanismo. De esta forma, es pertinente realizar una breve mención sobre los diferentes tipos de mediación existentes en el ámbito doctrinal, a los efectos de poder distinguir y enfocar cada uno de ellos, haciendo, finalmente, un énfasis en la mediación familiar, respondiendo a los objetivos y problemática identificada a lo largo de esta investigación.

En primer lugar, desde un entorno social, puede considerarse la mediación comunitaria, permitiendo abordar los diferentes problemas que se dan en las relaciones entre las personas y también las que se hallan en el contexto del conflicto (Alzate, Fernández & Merino, 2013, pp. 182-183). En este sentido, cualquier tipo de dificultad que se genere entre dos o más individuos, influye indiscutiblemente sobre el ámbito vecinal. De esta forma, “la mediación comunitaria es el procedimiento de gestión del conflicto de convivencia por el que las partes enfrentadas pueden llegar a resolverlo por consenso, sin convertirse en adversarios y compartiendo las posibles soluciones expuestas valoradas entre ellas” (Villagrasa, 2013, p. 658). Teniendo ello en consideración, es claro que la mediación comunitaria, garantiza que sean los propios ciudadanos, los que tenga la capacidad de solucionar los problemas que se dan en el ámbito vecinal, a partir de la aplicación de técnicas y procedimientos de naturaleza democrática, garantizando de esta forma, la posibilidad de satisfacer no solamente los intereses y necesidades de los litigantes en sí, sino también del entorno que le rodea.

Otro de los tipos de mediación, es la laboral, que busca la resolución de los problemas que se dan en el ámbito o de las relaciones de trabajo. Es indiscutible que en este entorno diversos pueden ser los conflictos que se pueden generar, litigios colectivos e individuales, constituyen en esencia parte de la diversidad de problemas que pueden suceder se en este entorno. A partir de ello, diversos son los tipos de dificultades en el ámbito laboral que pueden someterse a este tipo de mediación; aquellas dificultades derivadas de la interpretación o aplicación de pactos colectivos o decisiones que sean adoptadas en el ámbito empresarial; las discrepancias que pueden originarse a la hora de adoptar un convenio colectivo; las dificultades que se originen en la intención de los trabajadores de acceder a una huelga o paro; la cuestiones relacionadas sobre seguridad e higiene en el trabajo; antagonismos existentes en materia de seguridad social; así como todo lo relacionado con el ámbito sindical y contractual. Ante este tipo de conflictos laborales, pues la mediación laboral, que implica el sometimiento de dichos problemas a un tercero neutral o un órgano de mediación especializado en temas de trabajo, constituye también otra de las clases importantes existentes en cualquier entorno nacional.

Otra clase de mediación es la que tiene lugar en el ámbito penal. Este tipo de mediación ha sido uno de las más importantes aplicadas en las últimas décadas como parte de un modelo de justicia reparadora que se da en el ámbito de la comisión de hechos delictivos y la afectación de bienes jurídicos importantes (Barallat, 2013, p. 5). Es así que el hecho de que, ante la comisión de determinados hechos delictivos se pueda acceder a la mediación en este entorno, ofrece a los implicados en el mismo un protagonismo necesario para la solución no sólo de la vulneración del bien jurídico directo, sino también para asegurar otros resultados importantes como la eliminación de cualquier tipo de rencor entre los implicados (Butrón, 2011, p. 44).

También refiere que, a través de ello, la víctima tiene la posibilidad escuchar de parte del agresor una explicación de por qué cometió el hecho, qué lo motivó hacerlo y sus sentimientos en ese momento con respecto a su actuación. También se logra concienciar al presunto comisor

del hecho delictivo sobre su comportamiento y su conducta, al tener que exponer y valorar la misma frente al perjudicado; garantizar la posibilidad de que se solucione el problema generado sin la consideración o perfección de ganadores y perdedores, además de que logra reconstruir la armonía social y reparar cualquier tipo de daño o perjuicio ocasionado por el hecho infractor.

Finalmente, puede considerarse la llamada mediación familiar. Este uno de los mecanismos más relevantes para el ámbito de la familia. Es claro que los conflictos que se dan en este entorno afectan sin duda alguna la vida de las personas, principalmente de las que se ven de forma directa o indirecta inmersas en el ámbito en el problema, y debido a que la complejidad y naturaleza de dicho problema muchas veces excede lo que el ordenamiento jurídico reconoce. La cuestión radica en el lecho de que en el ámbito de las relaciones paterno filiales se dan conflictos de naturaleza diversa, en las que el elemento emocional incide sustancialmente en los mismos. Tanto las dificultades que se puedan generar en el orden económico como de otro tipo, repercuten en las relaciones que se dan entre los diversos sujetos que integran la familia.

A partir de ello, Romero indica que la mediación familiar debe considerarse como:

Un método que construye puentes entre partes en conflicto, generando capacidad de consenso. Proporciona a la familia un espacio en el que puede tener cabida todos aquellos temas sobre lo que sus miembros deben tomar decisiones, tengan o no relevancia legal (custodia, visitas, régimen económico), integrando de forma armoniosa tales decisiones y las emociones asociadas a éstas. (2002, p. 40)

Esta consideración implica, primeramente, un reconocimiento de que, en el ámbito de la familia, los conflictos que se generan hacia el interior, generalmente reconocidos como problemas de orden público, pueden ser solucionados de una forma más íntima, con la participación directa de los contendientes no sólo en el tratamiento del conflicto en sí, sino de

la solución. Evidencia, por ende, una evolución en el ámbito del tratamiento de las dificultades que se generan en el ámbito familiar, que anteriormente solo los órganos judiciales eran competentes para dirimir, y que ahora por medio de la mediación familiar es posible solucionar muchísimos de estos problemas transigibles, que no ameritan llegar al conocimiento de un juez.

Con la aplicación de este tipo de mediación, se garantiza, por ejemplo, en el ámbito de la separación, que las partes puedan transitar de un estado de unión a otro de separación, garantizando de forma armoniosa la toma de decisiones y el control de todas las emociones que prevalecen durante la ruptura. También, asegura ajustar todas las dificultades que se originan en los procesos de separación, permitiéndole a las partes reorganizarse de forma coherente y consecuente con las necesidades y exigencias de cada uno de los miembros de la familia. Es así que la mediación en el ámbito familiar puede considerarse aplicable tanto durante la convivencia de la pareja como en el momento de su separación, es decir, la mediación familiar es aplicable a todos los conflictos que se generan en la familia.

A partir de ello, es indiscutible considerar y tener en claro, en el ámbito de la mediación familiar, cuáles son las mejores situaciones en las que la mediación tendría el efecto deseado. Es por ello que este tipo de mediación debe ser intentada por las partes, por ejemplo, antes de que la separación y los conflictos derivados de ello se sometan a un órgano judicial; cuando quieran resolver directamente la inconformidad generada por alguna de las resoluciones dictadas en su momento por un juez; cuando las propias partes desean reelaborar el acuerdo de mediación al que en algún momento arribaron; o, frente a cualquier otra dificultad que se genere en el orden familiar mientras dura el vínculo entre las parejas.

Otro de los elementos importantes a considerar en el ámbito de la mediación familiar es el contenido de lo que se puede mediar. En este sentido es claro que, en principio, todo asunto

que genere un conflicto dentro de la familia puede ser objeto de mediación, pero siempre bajo el presupuesto de la transigibilidad. Dicho lo anterior, es claro que el conjunto de relaciones que se dan en el ámbito de la consanguinidad o afinidad dentro de una familia, en donde se generen dificultades de naturaleza económica y jurídica relacionadas, por ejemplo, con la pensión alimenticia, guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas, separación de bienes o su liquidación, y otros elementos de parecida naturaleza, pueden ser objeto de este tipo de mecanismo.

Como se ha evidenciado, es indiscutible que la mediación familiar se erige como una de las formas alternas de resolución de conflictos de mayor relevancia para la sociedad contemporánea, debido al valor de la familia en la sociedad. A partir de esta concepción, es claro que centrar la atención de la doctrina, legislación y jurisprudencia como elementos importantes que refuercen la práctica de este tipo de mecanismo, contribuiría sin duda alguna a disminuir no sólo la cantidad de procesos que son sometidos anualmente a los jueces, sino que favorecería para mantener y conservar relaciones armoniosas entre los miembros del núcleo familiar, aun cuando los progenitores se hayan separado. La mediación familiar, sin duda alguna se erige como una herramienta de innegable valor para lograr tales objetivos.

1.2 La mediación, la niñez y adolescencia y el interés superior

Es imprescindible coincidir en el hecho de que la familia ha sufrido en las últimas décadas una restructuración conceptual, que dista mucho de la concepción tradicional. Las nuevas consideraciones en torno a esta institución, han modificado sustancialmente la noción clásica existente en torno a dicha categoría, entendiéndose en la actualidad como el núcleo donde se establecen una serie de relaciones de consanguinidad y afinidad que no tienen necesariamente que estar fundamentadas sobre el matrimonio, pues, el nexo que determina dicha relación, es el amor y cariño que se profesan entre sí sus integrantes. Ello rompe con el paradigma de la

familia tradicional y es por ello que la mayoría de la doctrina, según expone Del Picó Rubio, coincide en considerarla como “un complejo sistema de relaciones personales, constituido por las relaciones de filiación, las relaciones conyugales y las relaciones de fraternidad”. (2011, p. 34).

Ello indiscutiblemente trasciende al tratamiento jurídico que se realiza en torno a los miembros que integran dicho grupo social. En las últimas décadas se ha evidenciado un cambio en la estructura y en los modelos de la familia, incorporándose novedosas y hasta el momento nunca pensadas costumbres, que son consecuencia de una dinámica social que ha respondido al influjo principalmente de la globalización (Oliva & Villa, 2014, pp. 12-13). Ante ello, el ordenamiento jurídico ha reestructurado también sus conceptos, en el tratamiento y establecimiento de procedimientos para con la familia.

A partir de esta realidad, también es indiscutible que, en el ámbito de la niñez y adolescencia, y en las relaciones que giran en torno a ello, se han implementado en los últimos años categorías que han tributado, sin lugar a dudas, a lograr garantizar el interés superior de los mismos a través del cumplimiento no solamente de lo que ha sido establecido en los ordenamientos jurídicos, sino también en base a lo que ha sido, en la práctica, más beneficioso para dicho grupo social. Es así que la mediación, conjuntamente con otros MARC, se han incorporado en los procesos de familia, asegurando de esta forma una mayor diversidad de posibilidades de las que disponen las partes en conflicto cuando existan menores de edad, tendientes a que arriben con mayor facilidad a una solución armoniosa y beneficiosa principalmente para los menores.

Esto ha sido consecuencia de una asimilación por parte del derecho internacional y de los ordenamientos jurídicos nacionales, del influjo de las nuevas concepciones a las que hemos hecho referencia en líneas anteriores, ello es, la reestructuración que ha surgido en el ámbito de

la familia. Para entender mejor esta realidad, se realizará una breve mención de los instrumentos internacionales y se hará referencia al Derecho Comparado, estableciendo la relación existente entre la mediación y el interés superior de los niños y adolescentes, a los efectos de poder comprender con amplitud dicha realidad.

1.2.1 La mediación en los instrumentos internacionales y en el Derecho Comparado.

Desde la propia creación de la Organización de Naciones Unidas, quedó claro por parte de la comunidad internacional que “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra (...) crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia”, como presupuestos indispensables establecidos en los objetivos de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, implicaba reestructurar las maneras en que los conflictos internacionales debían ser resueltos. Es por ello que en el mismo documento, en su artículo 2, numeral 3, se refiere a la necesidad de que la comunidad internacional sea capaz de arreglar sus litigios a través de la utilización de medios pacíficos, de forma tal que se asegure la paz, seguridad internacional y la justicia; y, en su artículo 33, numeral 1, referido al arreglo pacífico de controversias, invita a todos los países a que, cuando exista cualquier tipo de controversia, traten de obtener una solución a través de la utilización de mecanismos como la mediación, entre otros; con lo que queda claro que, desde que la comunidad internacional se organizó para dotar de mayor eficacia las relaciones globales, la mediación constituyó una herramienta importante para garantizar la seguridad en todo el planeta.

Ahora, en el ámbito del derecho internacional privado, la mediación también ha tenido importante tratamiento, aunque es de destacar que la implementación de este mecanismo en el ámbito transfronterizo se complejiza al considerar la diversidad de ordenamientos jurídicos y de disposiciones imperantes; además de la necesidad de respetar las características que ya han sido analizadas, como es la de la voluntariedad y disposición de las partes para acceder a dicha

herramienta. Es de destacar, por ejemplo, en el ámbito del derecho mercantil internacional, la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que entre otras cuestiones, reconoce que cuando se emplea el término conciliación para dirimir los conflictos que se dan en dicho ámbito, se hace referencia a cualquier tipo de mecanismo por el cual las personas que se encuentran con intereses y pretensiones antagónicas, deciden acceder a un tercero con la finalidad de que le provea el espacio y los mecanismos necesarios para resolver de forma amistosa dicho problema.

En el entorno de la familia, existen determinadas normas de derecho internacional que son de gran relevancia, aunque han quedado, en sentido general, desfasadas con los nuevos retos que las relaciones familiares imponen en la actualidad. Uno de ellos es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el que en su artículo 7, inciso c, invita las partes a que, cuando se detecte por las autoridades de cualquier país firmante de dicho instrumento jurídico internacional de que se ha producido la sustracción de un menor, con la finalidad de restituirlo de manera inmediata, deberán facilitar cualquier tipo de mecanismos de solución amigable que sea pertinente para lograr dicho objetivo.

A pesar de ello, dicho instrumento jurídico internacional se encuentra desfasado con relación a la realidad social que se vive en la actualidad. En este sentido, es insuficiente el reconocimiento que hace sobre el derecho de visitas, así como el establecimiento de la cooperación entre los diferentes estados, con la finalidad de evitar que se cometan actos como la sustracción de menores, pues se centra sustancialmente en el momento en que el daño ya ha sido provocado, pero no establece ningún mecanismo de colaboración entre las autoridades para evitar que se perpetre dicho hecho. Otro de los elementos que afectan la viabilidad de las disposiciones contenidas en dicho Convenio, es que la amplia mayoría de las naciones que

practican el Islam, ni lo han ratificado ni se han adherido al mismo, lo que implica indiscutiblemente uno de los puntos débiles del mismo.

Ahora, a pesar de ello pueden citarse algunos documentos de derecho internacional, que tributan indiscutiblemente a la institución que se analiza. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 constituye sin duda alguna uno de los instrumentos internacionales de mayor relevancia en torno al reconocimiento de los derechos del niño y al empleo de normativa garantista para asegurar cada uno de los objetivos relacionados con la niñez y adolescencia. En este sentido, en el ámbito de la familia se pronuncia en su artículo 16, sobre el derecho de las personas, una vez que adquieren la edad suficiente, para crear una familia, conservando todos sus derechos antes, durante y con posterioridad a la disolución del matrimonio. Reconoce también el pleno consentimiento de los contrayentes como el elemento fundamental sobre el que se sustenta dicha unión; reforzando el hecho de que la familia es el núcleo fundamental sobre el que se erigen las relaciones sociales, por lo que amerita todo tipo de protección, lo que constituye sin duda alguna un fundamento para aplicar cualquier tipo de mecanismo que garantice la armonía de dichas relaciones.

Otro de los instrumentos de gran valía en el ámbito de la niñez y adolescencia, y por la posibilidad de aplicar la mediación familiar, es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que se pronuncia sobre el reconocimiento a este grupo social de una serie de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que son imprescindibles para garantizar el desarrollo pleno de su personalidad. Un elemento importante de dicho instrumento, es que establece que niño será considerado toda persona que tenga menos de 18 años de edad (Art. 1); también se pronuncia sobre la necesidad de reconocer y proteger el interés superior del niño; establecer políticas de no discriminación; reconocer el derecho a la vida y al desarrollo de los niños y adolescentes; y respetar la opinión que éstos tengan sobre determinado problema. Este instrumento, reconoce en el artículo 40, numeral 3, inciso b, la obligación que tienen los

estados firmantes de dicha Convención de adoptar cuantas medidas sean necesarias y procedimientos sean pertinentes para el tratamiento a los niños cuando hayan infringido cualquiera de las normas jurídicas existentes en dicha nación y de hacerlo sin recurrir a procedimientos judiciales; lo cual indiscutiblemente garantiza la posibilidad de acceder a la mediación como herramienta importante, complementaria y alternativa a los procesos judiciales.

Finalmente, puede aludirse al documento denominado “Directrices de las Naciones Unidas para una Mediaciones Eficaz”, que se publicó en el año 2012 y que constituyó uno de los anexos del Informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución, en el que se reconoce la relevancia que tiene el papel de la mediación en la solución de los conflictos generados entre las diferentes naciones, y en el que se hace un pronunciamiento sobre elementos importantes en torno al desarrollo de la capacidad de mediación que debe existir en el orden internacional, regional y en todos los países a los efectos de satisfacer las exigencia y los retos que la actualidad presenta en todos los problemas reales.

Todos estos instrumentos internacionales han tributado sin duda alguna para implementar en diversas regiones y países, la mediación en el ámbito de la familia. De gran relevancia es la Recomendación 981 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar en el ámbito europeo, suscrita de 21 de enero de 1998, que se erigió como el primer documento el ámbito de la comunidad europea en tratar el tema de la mediación familiar, y que, entre otras cuestiones, en su Principio I, se pronuncia sobre el hecho de que este tipo de mediación se encarga de “los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, que estén unidos por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinada por la legislación nacional”.

En materia de Derecho Comparado, el fenómeno de la mediación familiar ha sido ampliamente reconocido en muchos países. De esta forma, afirma García Villaluenga, que son muchas las naciones que han sufrido a lo largo de décadas las deficiencias de sus sistemas legales, abogando o implementando con un criterio de progresividad, la aplicación de los MARC en general, y de la mediación en particular (2016, p. 8). Siguiendo esta idea, Ponienman ha referido que “mientras esta insatisfacción aumenta, creando una peligrosa sensación de inseguridad, los métodos alternativos de resolución de conflictos, y la mediación en especial, están surgiendo con fuerza y sin cronicidad indicando una tendencia potente y estabilizada” (2017, p. 24).

España ha sido una de las naciones, que ha desarrollado una amplia y fructífera legislación en torno a ello. Así el año 1981, se promulgó la Ley No. 30, de 7 de julio, que consideró la posibilidad de aplicar la mediación en el ámbito familiar de manera extrajudicial, cuando se produjese una crisis en el matrimonio. Pero fue indiscutiblemente en el año 2001 cuando se promulgó la Ley 1, de 15 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la que por primera vez en el territorio español introdujo directamente de forma expresa, la mediación familiar, como categoría legal reglamentada en el orden jurídico, extendiéndose dicho reconocimiento hacia otros territorios españoles; y que se tradujo en la incorporación de la misma en la Ley 15, de 8 de julio del año 2005, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en las cuestiones relacionadas a la separación y divorcio, que reconoció entre otras cuestiones la posibilidad de que las partes en conflicto que se encuentren en un procedimiento de separación y divorcio, de solicitar la suspensión de dicho proceso, con la finalidad de someterse a mediación (Art. 770, numeral 7); la posibilidad de que en el procedimiento de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se pueda presentar o acompañar a la demanda, el acta

de mediación familiar con los acuerdos que se hubieren alcanzado previamente (Art. 777, numeral 2).

En el ámbito latinoamericano, también se han evidenciado esfuerzo por reconocer a la mediación familiar. En México, desde el año 2003, se creó el Centro de Justicia Alternativa subordinado al Tribunal Superior de Justicia, que tiene dentro de sus funciones administrar e implementar todos los mecanismos alternos para la resolución de controversias, permitiendo que una de sus funciones sea la mediación en el ámbito de los conflictos de familia. En este sentido, el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal del año 1932, reconoce la posibilidad de que las partes puedan acceder a la mediación con la finalidad de solucionar el conflicto en cualquier momento, antes, durante y antes de que el juez dictará sentencia (Art. 55); así como la posibilidad de acceder en el ámbito de la separación de las personas previo a la presentación de la demanda ante un juez, al Centro de Justicia Alternativa, pudiéndose pronunciar sobre todas las cuestiones incluso relacionadas con la niñez y adolescencia, teniendo en consideración su interés superior (Art. 205).

En este propio país, de gran relevancia fue la promulgación, en el año 2008, de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, la que en su artículo 5, numeral III, reconoce la posibilidad de acceder a la mediación en materia familiar, principalmente en aquellos conflictos que tengan como fundamento la relación establecida entre las personas unidas en matrimonio u otras formas y que tengan hijos en común. Adicionalmente, es de destacar la promulgación del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de México, el que reconoce como parte dentro de las unidades administrativas de dicha institución, la referida mediación familiar (Art. 4, numerales III y VII), y en el que, entre los artículos 60 y 62, se pronuncia sobre el procedimiento de mediación familiar, estableciendo que tendrá como objetivo solucionar pero también prevenir aquellos litigios que puedan suscitarse de las relaciones que se den entre las

personas unidas el matrimonio o cualquier otro tipo de relación de afinidad, siempre que tengan hijos en común (Art. 60), y estableciendo la posibilidad de mediar en conflictos referentes a compensaciones lo pensiones alimenticias, así como el cuidado y atención de los hijos, con lo relacionado al ejercicio de la patria potestad y la tutela (Art. 61).

Otro de los países de la región que tiene amplia experiencia en el empleo de estos mecanismos, es Argentina. Es relevante, la promulgación de la Ley 24.573, también denominada de “Mediación y Conciliación”, de 25 de octubre de 1995, el que establece el carácter obligatorio de la mediación previo a la presentación de cualquier tipo de demanda ante un juez ordinario (Art. 1); estableciendo que las cuestiones patrimoniales relacionadas con el matrimonio y divorcio, filiación y la patria potestad, deberán tramitarse a través de un proceso de esta naturaleza, previo al proceso judicial (Art. 2). Luego esta ley fue reformada por la Ley 26.589, promulgada el 3 de mayo de 2010, la cual, en su artículo 1, dispuso: “Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.” Es más, la misma Ley, en su artículo 2, señala: “Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.” Además, la mencionada ley no excluye la materia de niñez y adolescencia de la mediación prejudicial obligatoria (Art. 5), por lo que, a las acciones derivadas de esta materia debe aplicarse obligatoriamente la mediación prejudicial obligatoria.

Panamá, ha sido otro de los países que ha promovido normas referidas a la mediación familiar. En este sentido, el 8 de julio de 1999, se promulgó el Decreto Ley No. 5, que dispuso el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación, el que reconoce, en el artículo 52, la posibilidad de establecer la mediación como un método alternativo de carácter no adversarial, que lo que intenta es buscar un acercamiento y comunicación entre las partes con la finalidad de poner fin a un conflicto. Adicionalmente, establece que pueden someterse a

este trámite todo tipo de materias que sean transigibles, o sobre las que se pueda desistir o negociar (Art. 55); por lo que, claramente reconoce la posibilidad de que, en el entorno de la familia, la niñez y adolescencia, puede accederse a estos mecanismos, siempre que la cuestión sea transigible.

Como se puede evidenciar a lo largo del análisis que se ha realizado, indiscutiblemente entorno a la mediación diversos son los instrumentos jurídicos internacionales que se pronuncian sobre ello, y aunque no realizan una mención directa a la mediación en el ámbito familiar, claramente establecen los fundamentos para que dicho tipo de mediación pueda ejecutarse en cada una de las naciones. Adicionalmente, concordante con el espíritu contenido en dichos instrumentos, los Estados se han encargado de regular en mayor o menor medida, desde hace ya décadas, la posibilidad de mediar en todo tipo de conflictos, y en el familiar en particular; es más, algunos de los Estados lo han impuesto como requisito previo y obligatorio, antes de la presentación de la demanda ante un órgano judicial, lo que, sin duda alguna, legitima el interés y la fundamentación de nuestra investigación indiscutiblemente en el hecho de favorecer a la administración de justicia en cualquier Estado.

1.2.2 El interés superior del niño en los instrumentos internacionales y el Derecho Comparado.

Uno de los elementos de gran relevancia a la hora de analizar la posibilidad de acceder a la mediación en el ámbito de la niñez y adolescencia, es tener en consideración el interés superior del niño, pues, no es lo mismo mediar entre dos personas adultas, que hacerlo cuando lo que se pueda disponer en el acuerdo de mediación, pueda incidir de forma negativa sobre un niño o adolescente, por lo que, el proceso de mediación con la existencia de una figura de esta naturaleza, impone otros retos y adquiere especial connotación, teniendo en consideración que ninguno de los acuerdos a los que puedan arribar las partes, puede ser perjudicial para el niño.

Por ello, es claro que realizar debe observaciones para la adecuada comprensión sobre qué entender por interés superior del niño, qué refieren los instrumentos internacionales y cómo es reconocido en el Derecho Comparado, se imponen en este estudio.

La Convención sobre los Derechos del Niño, del año 1989, constituyó sin duda alguna el instrumento jurídico internacional por excelencia que logró aglutinar todos los esfuerzos previos realizados en aras de garantizar y proteger los derechos de la infancia. A partir de la adopción de este instrumento, incluso aquellas culturas reticentes en reconocer en cierto grado de calidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cedieron terreno en aras de proteger a la infancia (Cillero, 2010, p. 3). Si bien es cierto, la categoría de interés superior del niño no es novedoso, ciertamente partir de la implementación de la convención, es que se logra evolucionar definitivamente hacia un concepto y sentido, mucho más claro para cada una de las naciones.

A pesar de ello, la Convención no define que debe entenderse por interés superior, por lo que ha sido ampliamente considerado por la doctrina como un concepto o de carácter indeterminado, lo que, a criterio del propio Cillero, “impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica” (2010, p. 2). En base a ello, la carencia de concreción en dicho instrumento internacional, sobre este principio, contribuye a un amplio margen de discrecionalidad de las diferentes autoridades encargadas de la administración de justicia, quienes interpretan este principio muchas veces de forma equivocada, contribuyendo a un debilitamiento en la protección efectiva de los infantes.

Este ha sido, en sentido general, el enfoque que le han proveído los diferentes instrumentos internacionales que se han pronunciado sobre los menores. La Convención de Ginebra del año 1924, que culminó en la Declaración de los Derechos del Niño, recalca el hecho de que “la

humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, reconoce la importancia de proteger a los niños y de que sean asistidos de manera especial; en el año 1959, la ONU adoptó la Declaración sobre los Derechos del Niño, mediante la cual se pronunció sobre el hecho de que el fundamento sustancial de la protección del niño deberá ser, en adelante, asegurar su interés superior, reconociendo, en su Principio VII, que “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”.

En parecido sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el que, en su artículo 24, reconoce el derecho que tienen todos los niños a disfrutar y acceder a cualquier medida de protección que sea pertinente para garantizar sus derechos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, también reconoce, en su artículo 10, numeral 3, la obligación que tienen los Estados de adoptar cuantas medidas sean necesarias para proteger y asistir a todos los niños y adolescentes garantizándoles el pleno disfrute de todos sus derechos; de la misma forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1979, en su artículo 19, reconoce el derecho de todo niño a tener la protección que sea necesaria por su propia condición, con la finalidad de que el Estado y la sociedad aseguren su desarrollo en condiciones idóneas.

Como se ha evidenciado, los diversos instrumentos jurídicos internacionales que se pronuncian de una u otra forma sobre los niños y adolescentes, invitan a los Estados suscriptores de cada uno de dichos tratados y convenciones, a adoptar cuantas medidas sean necesarias en aras de asegurar el pleno ejercicio de los derechos por parte de la infancia. Sin embargo, ninguno de ellos, define que debe entenderse por interés superior del niño, algo que como se ha expuesto al principio de este apartado, constituye sin duda alguna, un aspecto negativo y que provee un amplio espectro de interpretación en torno a dicha categoría.

A pesar de ello, le ha correspondido a la jurisprudencia interamericana, en el ámbito regional y a los ordenamientos jurídicos de cada nación, establecer en base a los tratados internacionales, el contenido y alcance del interés superior del niño. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, reconoció que el principio del interés superior del niño “(...) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (párr. 56); criterio que ha sido ampliamente asumido por la jurisprudencia nacional e internacional, y asimilada en gran medida por los sistemas legales latinoamericanos.

En este sentido, López, acerca del principio del interés superior del niño, considera lo siguiente:

La potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que premie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. (2015, p. 55)

Esta consideración ha sido la que ha prevalecido en mayor o menor medida en los ordenamientos jurídicos de los países. Es así que, por ejemplo, Bolivia reconoce en su Constitución, en el artículo 60, la obligación que tienen el Estado, la sociedad y la familia en garantizar dicho principio, definiéndolo como:

La preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

En parecido sentido se pronuncia el Texto Fundamental mexicano, el que, en su artículo 4, reconoce la obligación del Estado de adoptar cuantas decisiones y actuaciones sean importantes, y velar porque en ellas se cumpla con el interés superior de la niñez, reconociendo el derecho de éstos a que se satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y esparcimiento sano, como presupuesto para su desarrollo integral, regulando que dicho principio debe ser la guía para el diseño y seguimiento de todas las políticas destinadas a los niños y adolescentes. Igualmente, República Dominicana también reconoce en su Constitución, en el artículo 56, la obligación de la familia, la sociedad y el Estado, de hacer primar el interés superior del niño, niña y adolescente, imponiéndole la obligación de asistirlos y protegerlos en cuanta actuación se realice que incida sobre la infancia, todo ello con la finalidad de asegurar un desarrollo integral y el pleno ejercicio de todos sus derechos.

Como se ha podido observar, diversos son los ordenamientos jurídicos de la región que se pronuncien sobre el interés superior del niño, y la amplia mayoría de ellos, no sólo los que fueron mencionados sino también el resto, se pronuncian, en mayor o menor medida, de la misma forma en que lo hacen los instrumentos internacionales que ya fueron analizados. Ciertamente, la consideración de interés superior del niño está estrechamente ligada a los esfuerzos que deben realizar la familia, el Estado y la sociedad con miras a que, en sus políticas y actuaciones, siempre deben observar la consecuencia o el resultado que ello le genera a los niños, niñas y adolescentes, de forma tal que, antes de la aplicación de cada política, normativa o medida que sea adoptada cada nivel, previamente se evalúe el impacto positivo o negativo que va tener sobre la infancia. De ahí que, sí se determinare que existe un influjo negativo que va a impedir o restringir el desarrollo integral y que en nada beneficiare a este grupo social, indiscutiblemente es porque tal política o actuación atenta contra este principio y, por ende, se justificaría su desechamiento.

1.3 Los niños y adolescentes: ¿objetos o sujetos de la mediación familiar?

Habiendo analizado los principales presupuestos doctrinales y legales en torno a la mediación, los niños y las niñas, y su interés superior, cabe analizar sí los menores deben ser considerados como objetos o sujetos en los procesos de mediación familiar. Previamente a introducirnos en este tema, es imprescindible realizar un breve análisis en torno a la vinculación que existe entre la mediación en el ámbito familiar, en cuestiones relacionadas a los infantes, con el principio de interés superior.

En este sentido, cuando se produce un conflicto en una familia no sólo debe considerarse que la tensión que se genera entre las partes directamente, sino que ello se extiende a todos los miembros de dicho núcleo, por lo que, afecta de una u otra forma a todos (García, 2016, p. 14). Es por ello que, este autor, refiere que la mediación en el ámbito familiar no sólo tiene como finalidad asegurar o mejorar la comunicación entre las partes contendientes, con la finalidad de asegurar un acuerdo y satisfacción de los intereses de cada quien, sino que, además, su finalidad se extiende a que, lograr la resolución pacífica de dicho conflicto, resulte también en beneficios para el grupo familiar, indiscutiblemente de mayor importancia, para los infantes, quienes son los que perciben y sufren en mayor medida las consecuencias de dichas tensiones.

Esta postura evidencia indiscutiblemente la relación intrínseca que existe entre la mediación familiar como herramienta que se pone a disposición del núcleo de la familia, para terminar con el conflicto generado entre dos o más de sus miembros, pero que afecta a todos por igual, con la garantía del interés superior del niño, pues, el asegurar un acuerdo que satisfaga los intereses de cada uno de los litigantes, aseguraría que cada uno de ellos deben adoptar un conjunto de acciones que repercuten de forma beneficiosa en el entorno del niño. Es por ello, que en la Recomendación No. 981 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar de la Unión Europea, en su Principio III, relacionado con los procesos de

mediación, reconoce la necesidad de que el mediador que funja como tal en un proceso de naturaleza familiar, debe tener en cuenta el interés superior del niño, alertando a los progenitores a concentrarse en las dificultades que ello genera para dicha persona y apelando a la responsabilidad legal que tienen para con el infante.

Es indiscutible que, en el proceso de mediación familiar, generado por un conflicto de dicha naturaleza, cada quien tiene sus propios intereses, pero debe tenerse en consideración que éstos repercuten sobre la vida misma de los descendientes o infantes de dicho grupo familiar. Recuérdese que la mediación familiar es la que tiene lugar no sólo entre los padres de un niño, sino también entre cualquiera de los miembros de la familia. Trátese de cualquiera de los conflictos generados, ello, sin duda alguna, es importante tratarlo por medio de la mediación familiar, porque cualquier tensión que se genere en dicho núcleo, incide negativamente sobre el niño. Ahora, ciertamente cuando dicho problema surge entre padres, quienes tienen un hijo dependiente en común, por cuestiones relacionadas con patria potestad, alimentos, régimen de visitas, guarda o custodia, y otros asuntos transigibles, el hecho adquiere mayor relevancia, lógicamente por la relación de filiación existente.

Y ello adquiere especial importancia, porque todas y cada una de las instituciones que han sido mencionadas, han sido erigidas para garantizar no sólo la protección del niño, sino que este pueda desarrollarse física, psicológica y emocionalmente saludable, por medio de una relación armoniosa no sólo entre los padres, sino entre éstos y el niño. Es por ello, que es necesario comprender que el conflicto que se genera en cualquier familia, al descomponerse cualquier vínculo sano entre todos los miembros de la misma, se transmite también a los niños y adolescentes afectándolos en todos los entornos de su desarrollo.

A partir de lo que ha sido analizado, es imposible no sostener la gran relevancia que tiene la mediación familiar, los niños y adolescentes y su interés superior, en el modelo o diseño de

mediación que se establezca. Son claramente reconocibles en la doctrina la existencia fundamental de tres paradigmas que tienen formas diferentes de ejecutar el proceso de mediación; el de Harvard, que se centra en la búsqueda de las soluciones teniendo en consideración los intereses y necesidades de las partes; el llamado modelo transformador, que se centra o fundamenta sobre la base de que las partes intentan competir por quién tiene la razón y, por ende, es imprescindible asegurar una cooperación entre ellos que facilite el entendimiento; y, finalmente, el circular narrativo, que se sustenta en criterios de comunicación humana y en la interacción (Alarcón, 2015, p. 19).

Teniendo ello en consideración, claramente el modelo circular narrativo de mediación, es el que garantiza una amplia participación de todos los componentes que inciden sobre el conflicto o que han sido afectados por el mismo, asegurando de esta forma una participación activa, en este caso del niño, como importante sujeto que se encuentra inmerso dentro de la problemática. Es por ello, que adecuadamente considerar a la familia como un sistema que se nutre sustancialmente del conglomerado de relaciones armoniosas y pacíficas que se dan a su interior, es lo que legitima la aplicación de métodos alternativos que aseguren la conservación de esas relaciones armoniosas y, por ende, en dicho proceso, del interés superior del niño, por cuanto lograrlo es lo más beneficioso y lo que asegura en mayor medida, su desarrollo integral.

Adicionalmente, es imprescindible tener en consideración que la Declaración Universal de Derechos del Niño reconoce, en su artículo 12, la obligación que tienen los Estados de asegurar que los infantes puedan formarse un juicio propio, y que por ende puedan expresar de forma libre su criterio, por lo que debe garantizarse dicho derecho en todo tipo de procedimiento. En este sentido, queda claro que los niños tienen derecho a ser escuchados, por lo que, ello se impone como una obligación para todos los Estados, que se traduce en el deber que tienen de establecer en sus leyes, en la generación de los conflictos que se dan en la familia y en el empleo de los procedimientos para solventar o dirimir los mismos, normas que garanticen el

interés superior del niño no solamente desde su percepción legal, sino también desde el criterio individual del niño, para lo cual deberá considerarse sus argumentos y exposiciones, claramente teniendo en consideración la edad y desarrollo del infante (Cargas & Correa, 2011, p. 179-180).

Se coincide en que la incorporación de los niños a la mediación familiar se erige como una herramienta de innegable valor, no solamente porque dicha participación es consecuencia de un mandato o de los principales instrumentos jurídicos internacionales de los derechos de los niños y niñas, sino también porque en el proceso en sí, es importante conocer o visualizar cuáles son las necesidades y exigencias de los infantes, todo lo cual garantizaría que los acuerdos a los que se arriben, no sólo sean capaces de dirimir los problemas generados entre los adultos, sino también tener en consideración las cuestiones relacionadas con la descendencia dependiente (Vargas, 2002, p. 143).

A partir de estos elementos, queda claro que los niños, niñas y adolescentes deben erigirse como sujetos en la mediación. Si bien es cierto no son los contendientes principales, como se ha demostrado claramente, la tensión que se genera en los conflictos de esta naturaleza se extiende de la misma forma hacía los infantes. Por ello, cuando se entra en un proceso de mediación familiar, al resolver los problemas directos entre los contendientes, con ello también se adoptan determinadas decisiones en torno a los niños y adolescentes. En virtud al derecho reconocido a este grupo social, es claro que deben ser considerados como parte importante en el éxito que debe lograrse en el proceso de mediación, al erigirse como un elemento fundamental de la misma, teniendo en consideración su interés superior y que, cuanto decidan o hagan los progenitores contendientes, tiene que fundamentarse en lo que más beneficioso será para sus hijos dependientes.

1.4 La mediación y el interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

A partir de todo el análisis que se ha realizado, cabe destacar, por ende, como se reconoce la mediación y el interés superior del niño en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En cuanto a la mediación, la principal norma que se promulgó en el derecho reciente ecuatoriano fue la Ley de Arbitraje y Mediación. En esta norma, aún vigente, reconoce, en el artículo 43, la relevancia de la mediación radica en que 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”.

Otro de los elementos relevantes de esta normativa, es que establece que todas las personas naturales o jurídicas, que tengan la capacidad legal de transigir, tienen la posibilidad de someterse a este procedimiento (Art. 44). También es relevante traer a colación lo indicado en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, normativa que señala que el acta de acuerdo de mediación tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, teniendo el mismo valor y grado que una sentencia judicial, lo que evidencia indudablemente la importancia que legislador ecuatoriano le confirió a la voluntariedad de las partes al establecer un efecto jurídico tan importante para los acuerdos a los que se arrije por medio de este mecanismo. No obstante, debemos tener en cuenta que, por lo general, las resoluciones que se dictan en materia de niñez y adolescencia transigible no surten efecto de cosa juzgada, pues, éstas pueden ser modificadas siempre que haya motivo para aquello. Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, claramente señala que las resoluciones en las que se fija el monto de pensión de alimentos no provocan el efecto de cosa juzgada, pues, contra ella se puede incidentar para aumentar o disminuir dicho monto.

Reconoce dicha normativa, el carácter confidencial de este procedimiento (Art. 50); así como que, desarrolla uno de los tipos de mediación que fue analizado en su momento, el comunitario, reconociéndolo principalmente a las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, así como a cualquier otro tipo de organización comunitaria (Arts. 58 y 59). A partir de estos principales postulados reconocidos en la norma en referencia, es claro que si bien el legislador ecuatoriano no se pronunció sobre la mediación familiar, no la prohibió, pues al establecer que es posible que las personas accedan a este mecanismo, siempre que la materia sobre la que verse conflicto sea transigible, implica la garantía de que, en los temas relacionados con el derecho de familia, especialmente en lo relacionado a la materia de niñez y adolescencia transigible, es posible aplicar este tipo de mecanismo.

Otra de las normas de gran importancia en el ámbito nacional la constituyó el Código de la Niñez y Adolescencia, que se pronuncia en varios de sus preceptos jurídicos sobre la posibilidad de mediar. En este sentido, por ejemplo, reconocer dentro de las funciones de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, la de procurar el empleo de la mediación y la conciliación de las partes involucradas para dirimir cualquier tipo de conflicto relacionado con las familias, niños, niñas y adolescentes (Art. 206). Adicionalmente, reconoce la posibilidad de emplear la mediación, en todas aquellas materias transigibles, para lo cual debe considerarse que, en dichos procesos, no se debe vulnerar ningún tipo de los derechos reconocidos a la niñez y adolescencia como irrenunciables (Art. 294).

Un elemento importante, y que justifica el hecho de considerar al niño como un sujeto de derechos en el proceso de mediación familiar, es lo indicado en el artículo 295 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece el mandato de escuchar la opinión del infante, siempre y cuando se encuentre condiciones de expresarla. Como se ha podido concebir, aunque la normativa en cuestión no se pronuncia de forma concreta sobre la mediación en el ámbito familiar, claramente el hecho de referirse a todo lo relacionado con la niñez y la adolescencia,

garantiza su inclusión dentro de este entorno, y deja en claro la posibilidad de acceder a este tipo de mediación cuando existan conflictos en los que el infante se encuentra afectado de una u otra forma.

Adicionalmente a estas normas jurídicas que se pronuncian sobre la mediación, la última, en orden cronológico, fue la promulgación en el año 2008 de la Constitución ecuatoriana. Esta norma, indiscutiblemente legitimó la continuidad de la aplicación de la mediación en el ámbito de la infancia. De esta forma, reconoció, en su artículo 190, la posibilidad de emplear los medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación, en la práctica ecuatoriana, materializando una tradición jurídica que hasta el momento no imperaba en el país. Ello, sin duda alguna, dio continuidad al uso de estas herramientas alternativas para la solución de los conflictos y continuó dejando abierta la posibilidad de que fueran utilizadas también en el ámbito de la familia.

En torno al principio del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico nacional, también han sido variadas las normas que se han pronunciado sobre ello. Siguiendo el orden cronológico de aparición de las mismas, pueden citarse el Código de la Niñez y la Adolescencia, el que se pronuncia claramente sobre dicho principio. En este sentido, en su artículo 11, reconoce que este principio:

Está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Con ello queda claro, que legislador ecuatoriano, tuvo la visión adecuada en torno a establecer lo que pudiera considerarse como una interpretación sobre el contenido de este principio, máxime cuando en el propio artículo en un párrafo posterior, refiere que en la

apreciación del mismo, las autoridades actuantes deben considerar el equilibrio entre los derechos y deberes de los infantes en aras de que, las decisiones y acciones que sean adoptadas garanticen la realización de todos sus derechos. De esta forma, ratifica el hecho de que dicho principio es de naturaleza interpretativa, por lo que nadie puede invocarlo contradiciendo tal contenido normativo y sin “escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado”; con lo que claramente evidencia una postura concordante con los instrumentos internacionales y la doctrina, en torno a considerar a los niños y adolescentes, como sujetos de derechos en el proceso de mediación.

Esta postura es ratificada con la promulgación de la Carta Magna ecuatoriana en el año 2008, la que reconoce que las niñas, niños y adolescentes se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria y especializada, teniendo, por ende, derecho a recibir atención prioritaria (Art. 35). Adicionalmente, reconoce, en el artículo 44, la obligación que tienen el Estado, la sociedad y la familia en asegurar y promover el desarrollo integral de los infantes, así como el pleno ejercicio de sus derechos, lo que es concordante con su interés superior. En este sentido, reafirma la necesidad de que a este grupo de atención prioritaria se le garantice el derecho a su desarrollo integral, señalando el contenido del mismo, lo que, sin duda alguna, evidencia una maduración en el pensamiento del constituyente ecuatoriano, en torno al reconocimiento de dicho principio.

Como se puede evidenciar, nuestro sistema jurídico se ha pronunciado, en las últimas décadas, de manera progresista en torno a la mediación y al principio del interés superior del niño. Si bien es cierto, como se analizó en su momento, los instrumentos jurídicos internacionales no ofrecían un concepto claro y preciso del interés superior del niño, el ordenamiento jurídico nacional ha sido claro en determinar el contenido de dicho principio; y ha asegurado la posibilidad de que, en materia de familia, principalmente con temas transigibles relacionados con niñez y adolescencia, pueda aplicarse la mediación, no

estableciendo ningún impedimento para ello más que la naturaleza misma de la materia sobre la que versa dicho proceso.

1.5 El proceso de familia y el acceso a la mediación según el COGEP y el Código de la Niñez y la Adolescencia

Realizadas las observaciones de los apartados anteriores, cabe destacar la necesidad de realizar una breve mención o análisis, sobre el proceso de familia y el acceso a la mediación según los presupuestos establecidos en el COGEP. Como en su momento se determinó, esta norma jurídica, promulgada en el año 2015, tuvo como elemento fundamental regular la actividad procesal de todas las materias no penales (Art. 1), dentro de las cuales se encuentran las relacionadas con la familia, mujer, niñez y adolescencia.

En este sentido, en cuestiones de familia y mediación, la norma no hace ninguna referencia especial, lo que indiscutiblemente se traduce en el hecho de que los procesos de esta naturaleza, debe seguir las reglas generales establecidas en el mismo. No obstante, en torno a la posibilidad de mediar, se pronuncia sobre algunos elementos de importancia. Por ejemplo, en el artículo 294, referido al desarrollo de la audiencia preliminar del procedimiento ordinario, reconoce la posibilidad de que, tanto por iniciativa del juez, como por petición de parte, se pueda disponer el paso de la controversia alguno de los centros de mediación que han sido establecidos y autorizados en el país, con la finalidad de encontrar un acuerdo, de forma tal que, si éste se lograre de forma total o parcial, ello resultaría en los efectos reconocidos en las normas previamente analizadas.

Consecuente con ello, la Disposición Final Primera del COGEP, establece que en todo lo no previsto en dicha norma, se observará, de forma supletoria, lo establecido en otras leyes o codificaciones, como es el caso del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo tanto, este último código suple al COGEP en las cuestiones no normadas relacionadas con la posibilidad

de aplicar la mediación en los procesos de materia transigible de niñez y adolescencia.

Concordante con ello, es meritorio señalar que, en el año 2016, el pleno del Consejo de la Judicatura dictó la Resolución No. 145, que tuvo como finalidad expedir el “Instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación y ejecución de actas de mediación”; reconociendo la posibilidad de hacerlo, siempre que la materia que sea conocida en el orden judicial sea transigible (Art. 2).

Ahora bien, teniendo en consideración estas dos normas, claramente la mediación familiar en materia de niñez y adolescencia es una alternativa que puede ejecutarse en la práctica judicial ecuatoriana. Ello implica, que la normativa ecuatoriana asegura la posibilidad de que se pueda mediar en temas relacionados con la niñez y adolescencia, por ejemplo, en cuestiones relacionadas con la alimentación del niño o adolescente, entendiéndose que este derecho incluye la salud, educación, cuidado, vestuario, vivienda, transporte, recreación y deportes y rehabilitación, según la ley (Art. 2 Código de la Niñez y Adolescencia).

En este sentido, lo verdaderamente distintivo de esta propuesta en el ámbito de la realidad ecuatoriana, es el hecho de que el proceso de familia relacionado con la niñez y adolescencia, no permite implementar la mediación previa como requisito de procedibilidad antes del establecimiento de una demanda en un órgano judicial. Por tanto, tomando en consideración la preponderancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y nuestra obligación de caminar como una sociedad madura hacia una justicia de paz donde los MARC sean efectivos y, por consiguiente, reducir la excesiva carga procesal que tienen los juzgados en esta materia, valdría la pena sostener la necesidad de establecer, como ya se ha realizado en el Viejo Continente y en ciertos países del nuestro, la implementación de la mediación previa en materia transigible de niñez y adolescencia, pues los asuntos relacionados con esta materia bien ameritan tratarse a la luz de este mecanismo para reducir la conflictividad entre los integrantes de la familia y coadyuvar a la justicia de paz.

Capítulo 2

Planteamiento metodológico

2.1 Metodología

Teniendo en consideración los aspectos que han sido desarrollados en la investigación, se decidió enfocar el estudio desde el orden cualitativo y cuantitativo, con un alcance descriptivo y explicativo. Por medio del enfoque cualitativo se logró desarrollar determinadas posturas a partir del análisis en la realidad del fenómeno. Es así como partiendo del análisis de la situación actual de la mediación y temas relacionados con la niñez y adolescencia en el país, se pudo concebir los efectos negativos que genera un proceso judicial en torno a los conflictos generados al interior de la familia y en la que los infantes se encuentran relacionados.

En otro sentido, el enfoque cuantitativo fue empleado porque permitió conocer la magnitud del fenómeno en cuestión, esto es, el grado y alcance, así como la percepción que poseen los operadores jurídicos, específicamente jueces de la niñez y adolescencia, en torno a la consideración positiva o negativa de reformar el COGEP en aras de establecer la mediación en temas transigibles de niñez y adolescencia como requisito previo a la presentación de cualquier demandante un órgano judicial.

Adicionalmente se realizó el estudio con un alcance descriptivo y explicativo. En base al primero, se lograron describir las causas y consecuencias de adoptar la mediación en temas de niñez y adolescencia, así como su impacto sobre el interés superior de este grupo. Por medio del alcance descriptivo, se posibilitó la especificación de los elementos distintivos, característicos que poseen estas instituciones, garantizando el conocimiento sobre su contenidos y alcances.

Adicionalmente se ofreció un alcance explicativo, porque por medio de este enfoque, se determinaron las causas del por qué, aun cuando los instrumentos jurídicos internacionales

hacen un llamado a garantizar estos derechos, es decir, el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado; así como emplear procedimientos pacíficos y armónico que garanticen el bienestar de la familia, en el Ecuador aún no se ha decidido incorporar la mediación familiar como requisito previo y obligatorio en los procesos de esta naturaleza.

2.2 Métodos a utilizar

Considerando los objetivos establecidos en el estudio, se empleó un conjunto de métodos que de forma integral garantizaron el logro de todos y cada uno de los aspectos identificados, demostraron el problema y permitieron proponer soluciones al mismo. De esta forma, un primer método que se empleó fue el histórico. En todo tipo de investigación, especialmente en las ciencias jurídicas, es necesario realizar determinadas observaciones en torno a los antecedentes históricos de una institución determinada, porque ello permitió conocer su evolución y la razón de que, en la actualidad, posea los caracteres que lo definen.

El método histórico, permitió conocer no solo los principales estudios previos que se han realizado en el entorno nacional e internacional sobre cuestiones relacionadas con el interés superior del niño y la mediación, sino analizar en la historia legal del país, los pronunciamientos jurídicos sobre dichas instituciones jurídicas. Otro de los métodos empleados fue el analítico. Este método, como lógica referencia al enfoque cualitativo – cuantitativo, ofreció la posibilidad y las herramientas derivadas del mismo que permitieron realizar un análisis de las causas y consecuencias que genera en cualquier Estado un respeto irrestricto a principios fundamentales como el interés superior de los niños y adolescentes y los vinculados al empleo de los MARC.

De gran relevancia en el estudio, es el método deductivo. Este tipo de metodología es esencial en los estudios con alcance descriptivo – explicativo, por medio del empleo de este método, se conocieron las principales concepciones que en torno a las variables identificadas se

conciben por la doctrina, permitiendo determinar si se aplican en la práctica o no. Finalmente, fue empleado el método estadístico. Este permitió en esencia, analizar a partir de la realización de un conjunto de pasos estadísticos, las cifras que permitieron conocer la tendencia de los profesionales del derecho en el entorno de determinada área de investigación. Es así como, por medio de este método, se logró conocer la percepción que existe en el Ecuador, entre los jueces, sobre la posibilidad de incluir en el COGEP, la mediación previa en los procesos de materia transigible de niñez y adolescencia.

2.3 Fundamentación de las premisas.

Es indiscutible que el estudio que se realiza se enfoca desde una postura cuantitativa y cualitativa. La aplicación de los MARC en el ámbito judicial no es un tema nuevo y no es, desde hace años y hasta la fecha, una institución que acaba de lograr posicionarse de manera relevante en el acontecer jurídico nacional. A pesar de ello, en el entorno de la niñez y la adolescencia, la aplicación de estas herramientas, previo al inicio del proceso judicial litigioso, constituiría una premisa de gran valor. Es por ello que, se defiende y demuestra la necesidad de hacerlo, de establecer de forma previa la medición como herramienta de resolución de las controversias originadas en esta área.

Con ello queda claro que, en la práctica judicial, sería claramente muy beneficioso para los juzgados, contar con esta opción. Adicionalmente, para la familia y los niños y adolescentes, el resultado sería ventajoso, pues se solucionarían los conflictos sin llegar a la contienda judicial que se sabe, contenciosa e incapaz mayormente de lograr un acercamiento entre los contendientes. Por ello, en el ámbito cuantitativo, en su momento, se analizarán la cantidad de procesos que han sido derivados a mediación en la actualidad y de ellos cuántos han obtenido actas de mediación satisfactorias, de forma tal que se pueda tener una idea de la efectividad de este acto dentro de los procesos; y cualitativo, porque se ha establecido un análisis de los

postulados doctrinales y los elementos característicos de cada una de las variables de estudio, todo lo cual ha permitido, cumplir los objetivos general y específicos.

2.4 Definición de las variables.

Independiente: La mediación previa en materia transigible de niñez y adolescencia.

Dependiente: Reforma al COGEP.

2.5 Operacionalización de las variables.

Tabla 1. Operacionalización de las Variables

Variable	Dimensión	Instrumento	Unidades de Análisis
Independiente: Mediación previa en materia transigible de niñez y adolescencia.	Mediación como MARC	Análisis Documental	Constitución de la República del Ecuador Arts. 44 y 190
			Código de la Niñez y Adolescencia Arts. 11, 291 al 297.
	Interés superior del niño	Entrevistas	Entrevistas a 11 jueces especializados en temas de familia, mujer, niñez y adolescencia.
Dependiente: Reforma del COGEP.	Procesos transigibles niñez y adolescencia	Análisis Documental	Código Orgánico General de Procesos Arts. 31, 294 numeral 6.

		Entrevistas	Entrevistas a 11 jueces especializados en temas de familia, mujer, niñez y adolescencia.
--	--	-------------	--

Elaboración: Manuel Enrique Arévalo Rivera.

2.6 Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial.

Atendiendo a las exigencias de la investigación, a su problemática, objetivos e instrumentos identificados, es claro que, para la realización del estudio, se tomaron como población o universo, profesionales del derecho, con amplia trayectoria en el ámbito jurisdiccional ecuatoriano, que con su conocimiento y a través de su labor, pudieran ofrecer a la investigación los elementos que tributarán a demostrar el planteamiento del problema, ello es, la pertinencia y viabilidad de establecer la mediación previa en temas transigibles de niñez y adolescencia, como requisito de procedibilidad antes de iniciar un proceso judicial de esta naturaleza.

A partir de ello, y teniendo en consideración que se aplicará como instrumento metodológico la entrevista, se ha decidido aplicarle la misma a varios jueces de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del país. Teniendo en consideración ello, se ha decidido aplicarle la entrevista a un total de 11 funcionarios judiciales de diferentes niveles jerárquicos, de forma tal que, en su totalidad, tributen al estudio y a su problemática, cuyos criterios serán de innegable valor a los efectos de sustentar la investigación y de plantear posibles soluciones.

2.7 Cronograma de Ejecución.

Tabla 2. Actividades

No.	ACTIVIDAD	SEMANA 1					SEMANA 2				
1	Elaboración de preguntas para la entrevista										
2	Entrevista 11 jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia										
3	Análisis de los resultados obtenidos										

Elaboración: Manuel Enrique Arévalo Rivera.

2.8 Criterios éticos de la investigación.

Como la investigación se centra en seres humanos y exige, para la comprobación del problema, de criterios de personas, es que cada una de las actuaciones investigativas han ido teniendo consideración el irrestricto respeto al individuo, especialmente a los niños y adolescentes. La investigación ha sido revisada por el Docente Tutor, quien ha dado su aval para la realización de la misma. También, se ha contado con la autorización de los entrevistados para que la entrevista, personal o telefónica, sea grabada.

Capítulo 3

Resultados

3.1 Análisis e interpretación de la entrevista realizada a jueces de Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

3.1.1 Entrevistas a Alicia Everilda Ibarra Vega, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Alicia Everilda Ibarra Vega.

2. Indique su edad.

53 años.

3. Refiera su formación académica

Doctora en Jurisprudencia.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Quevedo, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

9 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

No se envía a los centros de mediación por cuanto a la reforma que hubo al COGEP que dan un término de 10 días para que conteste el demanda y 10 días para convocar a la audiencia

resulta un poco tedioso para terminar el proceso, pues si mandamos a mediación ellos también tienen sus términos para llamar a las partes.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por resolución.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Si por cuanto como estamos hablando de proceso de materia en familia, mujer, niñez y adolescencia que son procesos transigibles no litigioso si no de carácter humano social considero que previamente deben ir a mediación para enviar los congestionamientos de causas dentro del despacho.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Claro que sí, de esa forma los procesos los juzgados de la niñez no estarían represados con tantas causas y que pueden ser solucionados también en el centro de mediación.

3.1.1.1 Interpretación.

La entrevista realidad, reviste gran importancia. Algunos elementos que evidencian la legitimidad y autenticidad de las respuestas que han sido aportadas indican que se trata de una profesional del derecho que, no solo posee amplia experiencia en la materia, sino que, su titulación y ejercicio profesional acentúan la importancia de sus respuestas, las que se

encuentran ofrecidas en base a los conocimientos de la profesional, lo que otorgan a sus opiniones gran validez y confiabilidad al instrumento en sí.

De la entrevista que se ha realizado, ha quedado evidenciado que, en la práctica, en los procesos transigibles de la familia y la niñez, la jueza no envía el asunto a ningún centro de mediación, resolviéndolo. En este sentido, el argumento que expone es el tiempo (términos). Afirma que, si es que decidiera enviar la causa a un mediador, entonces habría que respetar las leyes y reglamentos que existen para el funcionamiento de estos centros, dentro de los que se encuentran formas tales como emplazamiento de las partes, audiencias hasta que se adopte o no un acuerdo, lo que tributaría en una morosidad no siempre satisfactoria para los partes ni para el juez.

Adicionalmente, la entrevistada considera que, como consecuencia lógica de ello, la casi totalidad de los procesos en materia transigible de niñez y adolescencia que se ventilan en su juzgado, terminan por resolución y no por acuerdos de mediación. Es importante referir que la entrevistada coincide con la importancia y viabilidad de que, los asuntos transigibles de niñez y adolescencia, deban pasar primeramente por un centro de mediación como requerimiento previo a la presentación de un proceso judicial, lo que resultaría en un descongestionamiento del trabajo de los jueces y a un mejoramiento de la administración de justicia, por lo que, incluirlo en el COGEP, es, a consideración de la entrevistada, una adecuada medida.

3.1.2 Entrevista a Cinthia Mariela Cajas Párraga, jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Valencia, provincia de Los Ríos.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Cinthia Mariela Cajas Párraga.

2. Indique su edad.

33 años.

3. Refiera su formación académica.

Título de tercer nivel, Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Valencia, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

5 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Si.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por acuerdos de mediación.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Sería muy favorable para el sistema procesal vigente, puesto que aquello garantizaría los principios de celeridad y economía procesal que consagra nuestra Constitución.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Si, de acuerdo con los presupuesto constitucionales y legales que rigen en nuestro país si se encuentra debidamente motivada la propuesta.

3.1.2.1 Interpretación.

La entrevista analizada es importante. La experiencia y sapiencia de la jueza entrevistada ofrece innegables elementos de gran valía para el estudio. En este sentido, como en el resto de entrevistados, el hecho de que el instrumento se haya aplicado a una jueza especializada en temas de familia, niñez, adolescencia con una importante experiencia, implica que los resultados que se derivan del mismo, son confiables y apoyan a comprender mejor la problemática en cuestión.

Lo realmente importante es que, contrario a la mayoría de los entrevistados, la entrevistada refiere que ella si reenvía los asuntos transigibles en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia a los centros de mediación. Aunque no da razones de ello, la jueza refiere que, tanto en el ámbito constitucional como legal, el sistema de derecho ecuatoriano legitima dicha práctica, siendo mejor para la resolución de los asuntos. Por ende, la amplia mayoría de las formas de terminación de los procesos judiciales es por acuerdo de mediación. Interesante es que, aun así, reconoce que establecer como requisito de procedibilidad la mediación previa en materia transigible de niñez y adolescencia, sería de mucha ayuda para los propios jueces.

3.1.3 Entrevista a Antonio Aquiles Álvarez Santana, juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Durán, provincia de Guayas.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Antonio Aquiles Álvarez Santana

2. Indique su edad.

53 años

3. Refiera su formación académica.

Título de tercer nivel. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador y Maestrante en Derecho Procesal en la Universidad Ecotec.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Cantón Duran.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

2 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

No, porque está establecido dentro de estos procedimientos de alimentos, realmente nos establecemos en base a una tabla, por lo general las partes concilian con este juzgador y ellos mismo presentan sus pruebas, en este caso, roles de pago y si es que no existe esa posibilidad, actuamos en base a la mínima establecida, en cuanto a la remuneración básica unificada y en base a eso se saca un tanto porcentual establecida en la tabla que nos dan a nosotros para poder establecer los alimentos y en base a eso actuamos, por lo tanto no hay mucha complejidad en cuanto a que tenga que ir a la partes de mediación una vez presentada la demanda, se cita al demandado y se responde con el tiempo que da el COGEP para poder poner la audiencia única y en base a esta audiencia única si es que la parte antes de esa audiencia solicitaran mediación en alguna ocasión, se lo ha hecho así, pero por lo general vamos a la audiencia y en la audiencia única llegan a un acuerdo, o sea, la iniciativa como jueces es ir directamente a la audiencia para nosotros mismos lograr la conciliación.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por resolución.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Si, mira que hay una cuestión en la que lleva mucho tiempo, creo que debió ser establecido dentro del COGEP incluso dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, aunque no es la parte sustantiva en cuanto al procedimiento, si es una cuestión tan transigible y sabiendo las partes que llegar aquí al juzgado y no tener ningún tipo de controversia, porque en realidad controversia no debería de haber desde el alimentante, sus ingresos económicos y la parte que está solicitando saben cuáles son los ingresos del demandado, entonces ellos tranquilamente deberían intervenir en el caso de que no se pongan de acuerdo, ahí sí, a la parte jurisdiccional mientras tanto la parte administrativa en este caso la parte de mediación ellos podrían hacerlo.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Si se encuentra motivado y eso yo creo que agiliza los trámites de las otras causas, porque las causas la mayoría son quizás el 50% solo es alimento, el otro 50% tenencia, divorcio, en realidad alimentos es la mayor de las cargas, yo diría que el 50% y si se hiciera de esa manera yo creo que reduciríamos el 90% de ese tipo de cosas porque del 100% de alimento a lo mucho el 10% no se ponen de acuerdo entonces estos podrían ser llevados por los centros de mediación.

3.1.3.1 Interpretación.

El resultado de esta entrevista es interesante. Si bien el juez entrevistado no posee amplia experiencia, la que tiene es suficiente para poder entender que, el dedicarse a esta materia, le es suficiente como para que los criterios y opiniones que ofrece son de innegable valía para el estudio en cuestión. De esta forma, es claro que, el hecho de que trate las cuestiones relacionadas con la familia y la niñez, dotan al entrevistado de una experiencia suficiente como para aportar con elementos al objetivo que se pretende en el estudio.

El hecho de que el entrevistado admita que, si bien es cierto en algunos procesos a reenviado a mediación, lo cierto es que, en la amplia mayoría de ellos, no ha usado este mecanismo. Afirma que solo en ciertas ocasiones en la que las partes así lo solicitan y considera pertinente hacerlo, es que somete el asunto a un centro de mediación, pero que, en la gran mayoría de los asuntos, no lo hace. En este sentido, el entrevistado considera que en muchos asuntos de familia y niñez que son transigibles, como el tema de alimentos, existen reglas que el juez debe cumplir, por lo que no es necesario el reenvío a mediación y que, en casos conflictivos, incluso muchas veces las partes se ponen de acuerdo, por lo que, su misión principal en los juicios es la conciliación, aquella que se produce intra proceso.

A pesar de ello, coincide en el hecho de que, establecer como requisito de procedibilidad el acceder a la mediación en estos asuntos antes de ir a un proceso judicial, es una excelente idea porque ello ayudaría a que los jueces no acumulen tantos procesos judiciales por cumplir con las formalidades y rigores del COGEP.

3.1.4 Entrevista a Daniel Enrique Cambo Aguirre, juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón La Maná, provincia de Cotopaxi.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Daniel Enrique Cambo Aguirre.

2. Indique su edad.

32 años.

3. Refiera su formación académica.

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia civil y familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Cantón La Maná, provincia de Cotopaxi.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

4 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Si, porque nuestra Constitución lo establece. De igual manera el Código Orgánico de la Función Judicial y el COGEP derivan a mediación cuando sucede estos tipos de conflictos en materia transigible y si se está derivando a los centros de mediación.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por mediación.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Si sería factible, eso mejoraría la carga procesal que tienen los jueces ya que en materia de familia más lo que se requiere a pensiones alimenticias y cuestiones afines es motivo de conflictos y por qué no hacerlo mediante la mediación. Por parte de los jueces procesales hay esa negativa, pero se puede llegar a socializar antes de llegar a juicio dentro de una demanda.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Si, porque tiene un sustento y base legal en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador en la que se sugiere tener acceso a un proceso alternativo y pues hacerlo antes si procedería.

3.1.4.1 Interpretación.

La entrevista que se realizara al juez en referencia, es importante. No solo la experiencia sino los conocimientos que posee son suficientes para legitimar la información que pueda obtenerse de él. De esta forma, es claro que el juzgador, empleando las herramientas procedimentales que le confiere el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sí reenvía los casos en materia transigibles de niñez y adolescencia a los centros de mediación, por lo que lógicamente la forma principal en la que termina estos asuntos, es a través de acuerdos de mediación.

De esta forma, es claro que el juez en cuestión, hace un adecuado uso de los instrumentos que la legislación procesal le ofrece, especialmente el COGEP y la Constitución, haciendo uso de la prerrogativa que se le reconoce a los administradores de justicia en estos tipos de temas. En este sentido, también es relevante el hecho de que coincide con que sería realmente muy útil que se establezca en el ordenamiento jurídico nacional que en los temas transigibles de niñez y adolescencia, previa la presentación de una demanda, deba acudirse a la mediación, enfatizando en que los presupuestos legales y constitucionales se encuentran para legitimar esta decisión,

ayudando de sobremanera al descongestionamiento en el trabajo de los juzgados y a una mejor impartición de justicia.

3.1.5 Entrevista a Sonia Elizabeth Aguilar Coello, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Sonia Elizabeth Aguilar Coello.

2. Indique su edad.

55 años.

3. Refiera su formación académica.

Abogada. Tengo dos maestrías, una en Derecho Constitucional.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Quevedo, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

5 años como jueza.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Antes de la vigencia del COGEP sí, pero ahora por los términos que se nos vencen, no.

Cuando entró en vigencia el COGEP realmente creo que todos los compañeros jueces y yo hemos dejado de remitir a mediación por el problema de vencimiento de términos.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por resolución.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Si, es viable y amerita ya una reforma para continuar remitiendo nuestros procesos a mediación y así bajamos la carga que tenemos de procesos.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Perfectamente motivada, una vez que con esto, como ya lo dije, disminuiríamos la carga procesal en nuestros despachos y estaríamos garantizando los derechos de la niñez y adolescencia.

3.1.5.1 Interpretación.

El instrumento que se analiza, arroja varios aspectos que son de gran relevancia. Primero, la experiencia y titulación académica de la entrevista, valida el resultado que se logra con la aplicación de dicho instrumento. En este sentido, claramente los datos que se obtienen de ello, aportan de manera relevante al estudio. Es del criterio de la jueza que, si bien antes de entrar en vigencia el COGEP, ella si reenviaba los procesos transigibles en familia y niñez a los centros de mediación, con la entrada en vigor del COGEP, dejó de hacerlo, porque la exigencia de los términos, los obliga a seguir el procedimiento sin realizar ninguna otra acción que demore la culminación del proceso.

En este sentido, afirma la jueza entrevistada que, según su conocimiento, muchos han sido los colegas que, han optado por no remitir a mediación ningún asunto, porque ello implicaría demorarse en el cumplimiento de los términos establecidos en el COGEP y con ello, se afectaría los tiempos en los que se resuelve una causa y su propia producción. No obstante, la entrevistada coincide con el hecho de que incorporar al COGEP que en los temas transigibles de materia de niñez y adolescencia se exija como requisito de procedibilidad que antes de presentar una demanda en sede judicial, se someta el asunto a mediación, es una excelente propuesta, porque ello no solamente incidiría en la reducción de los asuntos que conocen los jueces sino que, ayudaría a garantizar con celeridad los derechos de los niños y adolescentes cumplimentando cabalmente con su interés superior.

3.1.6 Entrevista a Erika Fernanda Medina Arteaga, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Erika Fernanda Medina Arteaga.

2. Indique su edad.

38 años.

3. Refiera su formación académica.

Abogada de los tribunales de la República del Ecuador. Maestría en Derecho de Familia.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Guayaquil.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

8 años.

- 7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?**

Si se enviaba a mediación, pero el tema no es una habitualidad, es decir, si yo calculo que en un 40% de las causas, a lo mucho 50%, se deriva a mediación sin perjuicio de las audiencias conciliatoria o de mediación que se realizar en el juzgado.

- 8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?**

Mayoritariamente por acuerdo de mediación o por una conciliación ante el juez (resolución).

- 9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?**

Si considero que es viable tomando en consideración los preceptos constitucionales.

- 10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?**

Si se encuentra justificadas, porque de esta manera se pueden cumplir mejor los principios procesales, los principios constitucionales para garantizar el buen vivir y evitar la conflictividad.

3.1.6.1 Interpretación.

El hecho de que este instrumento le fuera aplicado a una jueza con casi diez años de experiencia como administradora de justicia y que, por demás, tuviera un postgrado en materia

de familia, indica que los resultados de sus consideraciones aportan de manera importante a la temática de este estudio. En este sentido, Es importante el hecho de que, la juez considera que, en su caso, lo que se envía a la mediación no llega ni a la mitad de los casos en que conocen. En este sentido, la jueza sigue el criterio de la mayoría de los entrevistados con anterioridad, en la que el reenvío de un asunto transigible en materia de niñez y adolescencia a un centro de mediación no es la regla.

De esta forma, el criterio de la juez evidencia que, en la solución de estos casos, la mediación no es considerada de manera habitual como una herramienta importante, por lo que prefieren seguir los preceptos del COGEP y solucionar conforme a sus normas. A pesar de ello, la entrevistada coincide con el hecho de que, reformar el COGEP a los efectos de establecer el carácter previo de la mediación en asuntos transigibles de niñez y adolescencia, es positivo, porque descongestionaría el trabajo de los juzgados, pero, además, tributaría a cumplir con los fines procesales establecidos en la Constitución y con ello, evitar el enfrentamiento y posturas conflictivas característicos de los procesos judiciales.

3.1.7 Entrevista a Fabiola Magali Lagos Vargas, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Fabiola Magali Lagos Vargas.

2. Indique su edad.

37 años.

3. Refiera su formación académica.

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Especialista en Justicia Indígena. Maestría en Derecho Penal y Criminología.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia. mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Quevedo, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

5 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Actualmente, desde que entró en vigencia el COGEP ya no se derivan las causas a mediación porque una vez que está citado el demandado contamos con el término de 10 días para convocar a la audiencia única, entonces se la señala y se realiza la conciliación aquí mismo en la Unidad.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por resolución.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Si considero que es viable la propuesta porque con este requisito no tendríamos una elevada carga procesal los jueces de familia, considerando que es mejor que se garanticen los derechos de los niños y la justicia de paz en un centro de mediación, además se aplicaría la celeridad, esto es los niños y niñas adolescentes ya tendrían su pensión alimenticia de una forma más ágil y oportuna considerando que se invita a la parte demandada al centro de mediación y entre

ellas llegan a un acuerdo y si no existe este requisito previo tendríamos mucha carga procesal en trámite hasta que se cuente con la citación a la parte demanda.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Si se encuentra motivada porque como ya lo expliqué garantiza la justicia de paz, es una alternativa a la solución de los conflictos, se aplicaría la celeridad y se garantiza los derechos de los niños de la forma más oportuna considerando que en los juzgados de familia se elevaría la carga procesal sin este requisito previo.

3.1.7.1 Interpretación.

El resultado de la aplicación de este instrumento, a la entrevistada en particular, es de gran relevancia. La jueza en cuestión no solo posee una gran experiencia en temas de familia, niñez y adolescencia, sino que posee una titulación académica amplia que le permite comprender de manera adecuada el fenómeno en estudio y su comportamiento en la práctica. De esta forma, refiere la entrevistada que con la entrada en vigor del COGEP, los jueces en sentido general dejaron de derivar a centros de mediación sus asuntos, ello en gran medida por los términos procesales que se establecen en las normas, lo que en la práctica impide que se someta el asunto a mediación y se cumpla, a la misma vez, los términos procesales.

En este sentido, la entrevista afirma que, es en la audiencia donde intenta que las partes lleguen a un acuerdo, por lo que la mayoría de los casos se resuelve las causas mediante resolución. En este sentido, comparte el criterio de que, la inclusión en el COGEP de un precepto que establezca como requisito de procedibilidad el sometimiento de una controversia transigible en materia de niñez y adolescencia a la mediación antes de presentarse la demanda en un juzgado, es una idea muy novedosa para el Ecuador y pertinente, porque no solo disminuiría el conglomerado de trámites procesales que tienen hoy los jueces con los efectos nocivos para la

adecuada administración de justicia, sino que aseguraría de mejor forma la cultura de paz y los derechos de los niños y adolescentes, principios fundamentales reconocidos en la Constitución de 2008.

3.1.8 Entrevista a Gloria del Rocío Segovia Vinza, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Gloria del Rocío Segovia Vinza.

2. Indique su edad.

58 años.

3. Refiera su formación académica.

Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los juzgados de la República del Ecuador.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Quevedo, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

5 años, 8 meses como jueza.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Desde la implementación del COGEP, no se remite casos a mediación como se hacía anteriormente, por cuanto el COGEP nos da un término para la audiencia, una vez que se le cita a la parte demandada no permite remitir a mediación por los términos que se vencerían

ya que mediación también cuenta con un tiempo determinado para efectuar la diligencia que se enviaría.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por resolución. Son pocas las personas que van directamente una vez que se ha calificado la demanda a mediación, inclusive sin haber sido citadas previamente, pero son pocos casos.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Sí. Sería una buena alternativa ya que descongestionaría los trámites sobre todo en asuntos de alimentos, tenencia y régimen de visitas que son los que muchas veces están acumulados por diferentes causas.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Por supuesto, debe haber una reforma ya que el COGEP no ha establecido en cuanto a familia que es una materia especial, por ejemplo, las actas de ejecución no son lo mismo, deben ser muy diferentes a los que actualmente aparecen en el COGEP.

3.1.8.1 Interpretación.

La entrevista que se le ha aplicado a esta jueza reviste un carácter especial, principalmente por la experiencia que posee conociendo asuntos en materia de familia, niñez y adolescencia. La amplia trayectoria laboral de la entrevistada, le ofrece a sus dichos y criterios, gran confiabilidad y objetividad a los efectos de verificar los presupuestos y variables del estudio. En este sentido,

coincidiendo con la mayoría de los entrevistados, la entrevistada expresa que, con la promulgación del COGEP, se dejó de reenviar a mediación los asuntos transigibles de familia relacionados con la niñez y adolescencia. La causa fundamental de ello, radica en los términos establecidos, pues si es que se decidiera enviar a un centro de mediación, entonces se produciría morosidad en la resolución del caso y atentaría contra los términos establecidos en dicha norma procesal.

De esta forma, claramente, la amplia mayoría de las formas en las que se terminan estos asuntos en su juzgado, es por resolución. No obstante, la entrevistada igualmente considera que incluir en el COGEP la obligatoriedad de someterse a la competencia de un centro de mediación como exigencia anterior a presentar una demanda en un proceso transigible en materia de niñez y adolescencia, sería muy productivo, porque generaría una disminución sustancial de los asuntos que se someten a la competencia de los juzgados en esta materia, propiciando que los jueces puedan dedicarse de mejor forma a la solución de otros asuntos más complejos.

3.1.9 Entrevista a Lenin Ernesto Zeballos Martínez, juez de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Lenin Ernesto Zeballos Martínez.

2. Indique su edad.

51 años.

3. Refiera su formación académica.

Tengo un diplomado, una especialidad en Derecho de Familia y tengo una Maestría en Derecho Civil y Procesal.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia en familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Guayaquil.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

21 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Si, en algunos casos, dado los recursos de apelación que efectivamente llegan a conocimiento de la Sala, es en este caso lo que yo logro en materia transigible de familia, pero en realidad consideraría que es muy poco el porcentaje que las Salas, al menos del Guayas que derivan a mediación, porque particularmente en mi caso yo hago una fase de audiencia de conciliación, hago un esfuerzo muy grande porque las partes concilien lo cual a veces alarga las audiencias, pero particularmente en mi caso me ha dado resultados positivos y se podría decir que cuando realizo un tema de conciliación, las partes, en un 80% logran llegar a un acuerdo conciliatorio, por eso en mi caso derivamos poco los procesos a mediación.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Yo considero que el 90% de las causas se resuelven por una resolución, mas no por un tema de mediación.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Efectivamente. Yo soy uno de los jueces que considera que muchas veces las partes llegan al juicio de niñez y adolescencia por una carga emotiva de circunstancias personales, que le hace distinto a otros tipos de juicios. Las partes llegan sin conversar y es muy necesario el nivel de conversación para deponer actitudes, descargar resentimientos, que las personas guardan motivo de la separación los hechos que pudieron haberlos lastimado. Cuando llegan a los juicios, sobre todo en primer nivel, yo considero que la etapa de conciliación debe ser muy bien manejada por los jueces que tengan experiencia en este tipo de manejo de audiencia y que lo pueden lograr sin necesidad de que valla al centro de mediación, pero en todo caso, yo si quisiera hacer referencia que ya existió hace mucho tiempo una resolución del Concejo de la Judicatura que establecía que de manera obligatoria el juez apenas calificaba la demanda de alimentos tenía que derivar el proceso a un centro de mediación autorizado, salvo que dentro de tres días una de las dos partes se oponga a eso el proceso no se deriva, si no obligatoriamente se iba, algo de esa reforma se pretende hacer al COGEP. Ya existió pero entiendo que los jueces no la aplicaban o no fue muy viable el tema y en cambio los abogados consideraban que eran como alargar el proceso, porque también se tiene que pensar en el tema de los abogados, ellos pensaban erróneamente que en la tramitación de un juicio por etapas podrían cobrar más, de hecho ir a la mediación por un acuerdo era para ellos cobrar menos, imagino, por sus honorarios, por eso mantener un juicio vigente con diligencia, con audiencia, con tramitaciones podría ser que les genere más ingresos.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Me parece excelente idea, es más, en mi biblioteca me parece que tengo un par de libros de Argentina, creería yo que algo de eso hablan, no se si está vigente en algún tipo de materia de familia, el hecho de que primero tengas que ir a un centro de mediación me parece que algo

leí de eso de un libro argentino que yo tengo, bajo el análisis de que en realidad muchos de los temas que tu tramitas en familia son transigibles por lo que habría que hacer la diferencia. Tienen una diferencia distinta a otros procesos porque tienen una carga emotiva, un tema humano que debe en realidad ser valorado de otra manera no solamente por una tabla o por los recaudos procesales, sino por las situaciones humanas que les tocan atravesar a las partes. O sea, a mí me parece totalmente viable el hecho de que pueda establecerse inicialmente al iniciar un juicio que tenga que ver como familia en materia transigible tengan que ir obligatoriamente a un centro de mediación, porque yo soy de los jueces que considero mucho que las partes llegan a las audiencias con un distanciamiento, una separación, con dolores, con resentimiento, que han impedido que se sienten a conversar y muchas veces en las audiencias tú te das cuenta que tienen meses y años sin hablarse, lo que falta es hablar con un buen mediador, puedes conducir a que realmente el problema quede solucionado en un centro de mediación lo cual derivaría en un ahorro, en una economía procesal en los casos de la niñez. Yo estoy totalmente de acuerdo con tu tesis.

3.9.1.1 Interpretación.

El valor de esta entrevista es sustancial para la investigación. La experiencia y titulación que posee el magistrado entrevistado, son dos elementos que tributan a considerar sus amplios y pertinentes criterios. En este sentido, coincide el jurista con el hecho de que, no es habitual ni reiterado que los jueces reenvíen los asuntos transigibles en materia de niñez y adolescencia que conocen, a centros de mediación. Afirma el juez que, en su caso, lo que hace siempre es intentar realizar una audiencia de conciliación en la que realiza todo el esfuerzo del mundo para lograr que las partes arriben a un consenso. No obstante, ello le genera mucho gasto de tiempo en estos asuntos, lo que atenta contra la economía procesal.

De esta forma, comparte el criterio de que, en efecto, establecer con carácter vinculante en la norma jurídica, el hecho de que las partes en este tipo de asuntos, primero vayan a un centro de mediación, aseguraría innegablemente una mayor administración de justicia. El entrevistado afirma que, en la amplia mayoría de los casos de esta naturaleza, las partes logran conciliar en la audiencia, por lo que si ello se hiciera en un momento anterior, los jueces no estuvieran tan congestionados resolviendo estas causas.

El juez deja en claro que en este tipo de asuntos muchas veces las partes llegan con resentimiento y dolor a los procesos judiciales, como enemigos, lo que se solucionaría con una conversación entre ambas partes, no obstante, es fácilmente entendible que las partes en muchas ocasiones no ejecutan esta acción, lo que le ofrece a la mediación un éxito rotundo. Por ello, también coincide con el criterio de reformar el COGEP a los efectos de introducir esta la mediación previa como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencia.

3.1.10 Entrevista a Silvia Patricia Rivas Ledesma, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Silvia Patricia Rivas Ledesma.

2. Indique su edad.

31 años.

3. Refiera su formación académica.

Título de tercer nivel. Abogada.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia de familia, mujer, niñez y adolescencia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Quevedo, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

5 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Con el cambio, en este caso del término de la carga procesal, pues ya no se lo envía como se lo hacía habitualmente antes de la reforma, por la carga procesal y por la metodología que se aplica. Ahora en el Código Orgánico General de Procesos no se remite dichos procesos al centro de mediación, porque no se cumpliría con los términos establecidos por ley, en este caso crearía un conflicto dentro del proceso.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

El mayor índice de las causas resueltas en la materia que he indicado, se da mediante resolución.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Recordemos algo, una de las causas que mayormente se podía resolver por acuerdos de mediación es la causa en este caso de familia porque son materia transigible, por lo que sería fascinante. En este caso, como antes del COGEP, la mayoría de las causas se podrían resolver, en este caso de mutuo acuerdo, En este caso son los centros de medición que de esta forma

activarían la justicia de paz que debemos proporcionar o activar en nuestro país antes de entrar en este caso a una vía de conflicto, que sería ya la vía jurisdiccional, entonces sí, la reforma se haría, y obviamente está motivada y estudiada, yo creo que sí sería una reforma adecuada y debidamente aplicada a la actualidad en este caso que estamos viviendo.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Como indiqué, la carga procesal en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia es demasiado elevada, por lo que si se podría en este caso reducir la carga procesal, en el cual los centros de mediación podrían resolverse estos conflictos que es casi el 80% de nuestra carga procesal y habría menos causas en trámite y las partes procesales irían resolviendo las causas ellas mismas.

3.1.10.1 Interpretación.

La experiencia de la jueza entrevistada aporta sin duda elementos de gran valía a la problemática que se identifica en el estudio. Se coincide con el hecho de que, en efecto, con la promulgación del COGEP, los jueces dejaron de enviar a mediación los asuntos de familia, ello debido a los términos establecidos que tienen que cumplirse y que, de enviar a un centro de mediación un asunto de niñez y adolescencia transigible, implicaría demorar los términos y con ello, la posible resolución de la causa.

En base a ello, los jueces, según la entrevistada, han asumido la postura de solucionar por la vía tradicional los conflictos, no enviándolos a mediación. Ello, deja en claro la entrevistada, genera elevados índices de tramitación en los juzgados, en los que casi el 80% del total, pertenece a esta categoría de juicios. Es por ello que comparte la postura de que establecer con carácter previo el someter el conflicto a un mediador antes de presentarlo ante un juez, sería una propuesta

que ayudaría mucho a conseguir una justicia de paz, de forma rápida y ajustada a las necesidades y exigencias de las partes, por lo que, se lograría la resolución del asunto sin necesidad de que los jueces tengan que conocer y tramitar elevadas cantidades de causas.

3.1.11 Entrevista a Yury Vanessa Vinueza Granda, jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.

Yury Vanessa Vinueza Granda.

2. Indique su edad.

35 años.

3. Refiera su formación académica.

Título de tercer nivel. Abogada.

4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?

Materia en familia.

5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?

Quevedo, provincia de Los Ríos.

6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?

5 años.

7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

Cuando llegan los procesos a la unidad judicial no derivamos, no estamos derivando los jueces al centro de mediación. Considerando el tiempo, los términos que nos indica el Código Orgánico General de Procesos para poder evaluar las causas, la evidencia, si realmente existe

un poco de demora en el despacho de los juicios al momento de derivar al centro de mediación y es por esa situación en cuanto a los términos que no se procede a derivar los procesos.

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?

Por resolución.

9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?

Considero que si tienen toda la facultad de poder asistir a un centro de mediación y poder llegar a un acuerdo dentro de dicho centro.

10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

Considero que sí, igual la propuesta es viable para que las parte lleguen a un acuerdo de forma armónica. En todo caso, si ya no sería factible los acuerdos dentro del centro de mediación pues se podría iniciar ya un proceso judicial.

3.1.11.1 Interpretación.

La entrevista que se analiza, también es de especial relevancia. La experiencia junto a la titulación de la entrevistada, juegan un papel importante en el sentido de dotar de eficacia y validez a los criterios que son aportados. En este sentido, es claro que la entrevistada deja en claro que, en la actualidad y desde que entró en vigor el COGEP, ya no remite asuntos de niñez y adolescencia a mediación, porque es que los términos establecidos en dicha norma jurídica deben cumplirse y, por ende, enviar un asunto a mediación, implica demora e incumplimiento

de dichos términos, lo que ha generado que los asuntos que se sometían a mediación sean casi inexistentes.

De esta forma, es claro que la amplia mayoría de los asuntos los ha terminado por resolución judicial. Asume igualmente que, considerar la inclusión de manera obligatoria y previa de la mediación en estos asuntos, revestiría una utilidad práctica innegable no solo para los jueces, quienes tendrían una carga procesal menor; sino para las propias partes, que ya no tendrían que estar en conflicto. Según la mencionada jueza, la mediación también sería capaz, en menor tiempo y con menor esfuerzo, de resolver la litis. Por ende, una reforma sería muy útil en la práctica procesal ecuatoriana, legitimándose dicha reforma con los postulados de todo el sistema de derecho que aseguraría que los niños y adolescentes y las partes en general, sean garantizados ágilmente en sus derechos.

Capítulo 4

Discusión

4.1 Análisis integral de la necesidad de incluir la mediación previa en los procesos de materia transigible de niñez y adolescencia en el COGEP, a partir de los resultados obtenidos.

A partir de todos y cada uno de los elementos que han sido analizados e interpretados en la variedad de entrevistas realizadas a jueces, se han podido obtener resultados de innegable importancia, los que, en su generalidad, legitiman y fundamentan la problemática planteada y que constituye la base del estudio que se presenta. De esta forma, queda claro que, a partir de los resultados obtenidos con aplicación de los instrumentos a lo largo de la investigación, varios son los aspectos que ameritan una discusión con el objetivo de orientarla a la necesidad de insertar en el COGEP, la mediación previa en todos aquellos asuntos relacionados con la niñez y adolescencia.

Teniendo en consideración los elementos que pueden devenir del análisis e interpretación de las entrevistas, se va a realizar la discusión en torno a tres aspectos sustanciales: el primero, relacionado con la relevancia del resultado derivado del criterio y opinión recogido de los jueces; el segundo, referido a la práctica procesal ecuatoriana sobre la temática de análisis; y, el tercero, relacionado con el criterio y justificación de realizar una propuesta. Estos tres aspectos en su conjunto, permitirían fundamentar la necesidad de incluir a la mediación previa como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso en aquellos asuntos transigibles relacionados con la niñez y adolescencia en el Ecuador.

Con respecto a primer elemento, el conjunto de entrevistas que fueron ejecutadas, tienen el aspecto positivo de haber sido aplicadas a jueces. El hecho de que las preguntas que orientan el desarrollo de la presente investigación, estuvieran dirigidas a operadores encargados de administrar justicia, reviste un gran valor, teniendo en consideración que son ellos los que se encargan de conocer, tramitar y resolver todos los litigios y conflictos relacionados con la niñez y adolescencia en el país, por lo que, teniendo ellos la capacidad de decidir estos asuntos, sus criterios y opiniones son realmente importantes a los efectos de la demostración de la problemática en cuestión.

Otro de los elementos importantes que se deriva del hecho de que la entrevista se la haya realizado a los jueces, es lo referente al hecho de que, todos sin excepción, se han dedicado desde que comenzaron el ejercicio de la función judicial, al trabajo de la materia relacionado con la niñez y adolescencia, y todos poseen amplia experiencia en la temática. El hecho de que la muestra a la que se le aplicó el instrumento de investigación, entrevista, se trate de magistrados especializados y que se dedican en la práctica a estos temas, ofrecen a cada uno de sus criterios y posturas, así como a las consideraciones y valoraciones realizadas, una validez y legitimación innegable.

Ello, unido a la amplia experiencia que tienen todos los entrevistados, fundamenta y autoriza las evaluaciones que cada uno de ellos ha realizado. A partir de estos aspectos, es indiscutible que la selección de la muestra, fue la pertinente y contribuyó con creces a la demostración de la problemática del estudio. Es por ello, que cada uno de los criterios y aportaciones que realizaron los jueces entrevistados, constituyen una base importante no sólo para la demostración de la problemática, sino para estructurar de mejor forma una propuesta que responda a las necesidades propias del trabajo.

Un segundo elemento que se deriva del análisis e interpretación de los resultados de la aplicación de las entrevistas a los magistrados, es el relacionado con la práctica procesal. Uno de los aspectos trascendentales que se derivó de las interrogantes que se le realizaron, en lo referente a la experiencia que ellos tienen en el conocimiento de los asuntos transigibles relacionados con la niñez y adolescencia, es si han hecho de la derivación a los centros de mediación una práctica. La importancia de esta pregunta en la entrevista que se realizó, radica en el hecho de que, si hubiere sido positiva la respuesta de la amplia mayoría o la totalidad de los entrevistados, indiscutiblemente se reduciría la efectividad de la propuesta que se pretende plantear y el valor del problema identificado desde un inicio.

Sin embargo, la casi totalidad de los jueces que fueron entrevistados, coincidieron en el hecho de que, a partir de la promulgación del COGEP, y el establecimiento de formas más rígidas en torno a la aplicación de los términos procesales, los jueces de la materia de la niñez y adolescencia en el Ecuador, dejaron de remitir a los centros de mediación aquellos procesos transigibles vinculados con los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, pueden identificarse dos cuestiones de innegable valor que se derivan del resultado de este aspecto, las cuales se analizan a continuación.

La primera cuestión que se deriva de ello, es que con la promulgación del COGEP, se evidencia una reestructuración o modificación en la actividad procesal de los jueces, quienes teniendo en consideración los rígidos términos procesales establecido para este tipo de procesos, se ven impedidos de cumplir y respetar cabalmente con cada uno de ellos, si es que enviarán estos asuntos a un mediador. Ello quiere decir que, aunque el juez quisiera hacerlo, el riesgo de vulnerar el principio de celeridad procesal y terminar de forma morosa la solución del asunto, ha provocado que, la posibilidad de acceder a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y en este caso a la mediación en asuntos tan importantes como lo relacionado con la niñez y la adolescencia, sean casi inexistente en la práctica procesal ecuatoriana.

Una segunda cuestión que se deriva de la respuesta a este interrogante, es que, las propias normas del COGEP, han obligado a los administradores de justicia en materia de niñez y adolescencia, a omitir los principios constitucionales en la administración de justicia por el mero cumplimiento de formalidades. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que, los jueces, por cumplir con los términos procesales del demandado, presentación de elementos de prueba, convocatoria a audiencia y su celebración, se abstienen de someter la solución del conflicto ante uno de los centros de mediación reconocido por el Consejo de Judicatura, lo que le resta funcionalidad a la administración de justicia en temas relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia.

Estas dos cuestiones que han sido analizadas, evidencian que las reglas efectuadas en el COGEP, no son del todo adecuadas para el cumplimiento de la función en la administración de justicia que encuentra su fundamento en el espíritu del constituyente de Montecristi del 2008. Si bien, los jueces no están incumpliendo con la normativa jurídica, sí lo hacen con el espíritu y valores que propugna la Constitución ecuatoriana. Esta realidad, impone repensar la viabilidad y rigidez del COGEP en estos temas.

Un tercer elemento que se deriva de la aplicación de estos instrumentos, es el relacionado con el criterio que han adoptado los jueces que han sido entrevistados, en torno a la factibilidad y pertinencia de reconocer la mediación previa como requisito de procedibilidad antes de iniciar un proceso judicial relacionado con la niñez y adolescencia en materia transigible. Es en extremo importante, el hecho de que, la totalidad de los entrevistados hayan coincidido en que debe evaluarse como muy positivo, el hecho de que ello pudiera establecerse.

El descongestionamiento de las causas procesales, mejoramiento de la calidad de la impartición de la justicia, la protección de mejor forma del interés superior del niño, la resolución con menor costo y tiempo para las partes y para el sistema de justicia de la litis, constituyen

alguno de los elementos que permiten considerar sin duda alguna el hecho de que, esta cuestión en la normativa jurídica ecuatoriana cuando se trate de asuntos relacionados con la niñez y adolescencia de naturaleza transigible, amerita un detenimiento importante y consideración objetiva por parte de la función legislativa.

Los propios jueces especializados y conocedores de la materia, consideran que en efecto la realización de dicha propuesta no solamente respondería una necesidad objetiva, debido a que la amplia mayoría de los asuntos de este tipo son resueltos por medio de resolución judicial, y sin la aplicación de uno de los mecanismos de resolución de conflictos más importantes, como lo es la mediación, que, por demás, se encuentra legitimada por el propio Texto Fundamental ecuatoriano. Además de ello, la necesidad de someter al niño y la familia al menor estrés y tensión posible, permitiéndoles desahogarse y decidir de común acuerdo lo que mejor será para el niño y adolescente sin que exista un juicio de por medio, autoriza seriamente la consideración de esta posibilidad.

Ciertamente a partir de ello, es innegable que el desarrollo teórico de este proyecto, así como la aplicación de las entrevistas que se realizó a los jueces, han legitimado y demostrado la problemática que originó la realización de la investigación en cuestión. Todos y cada uno de los postulados teórico doctrinales que fueron analizado en su momento, han sido autorizados en la práctica por la realización de las entrevistas a funcionarios judiciales especializados en la materia, lo que, sin duda alguna, garantiza la legitimidad y pertinencia del estudio.

Capítulo 5

Propuesta

5.1 Propuesta de reforma al COGEP

Estructurar una propuesta de reforma a una norma jurídica, no es tarea sencilla. Es menester comprender, que para que una modificación a una ley, tenga la eficacia y el efecto deseado, es pertinente que logre una armonización y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, y además, obligatoriamente sea concordante con los principios, preceptos y valores constitucionales. Con este postulado o reflexión en mente, la presente investigación se aventura a realizar determinadas observaciones que serían pertinentes considerar a los efectos de insertar la mediación previa como un requisito para iniciar un proceso judicial en aquellos asuntos relacionados con la materia transigible de niñez y adolescencia.

Ahora bien, antes de realizar la propuesta de reforma concreta que pretende resolver la problemática que ha sido demostrada en esta investigación, cabe destacar la mención a algunos fundamentos jurídicos que legitiman la realización de la misma. Un primer aspecto a considerar, es lo que la propia Constitución ecuatoriana reconoce, en su artículo 169, que el sistema procesal es un mecanismo por medio del cual se puede realizar la justicia en el país, de forma tal que todos y cada uno de sus preceptos responderán a varios principios dentro de los que se encuentran el de eficacia, celeridad y economía procesal, asegurando las garantías del debido proceso e imponiendo claramente la obligación de que, bajo ningún concepto puede sacrificarse la administración de justicia por la sólo misión de cualquiera de las formalidades reconocidas o establecidas en el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente a ello, el propio Texto Fundamental ecuatoriano, en su artículo 175, afirma que aquellos asuntos y litigios relacionados con la materia de niñez y adolescencia, deben

sujetarse a una normativa, principios, valores y la administración de justicia de naturaleza especializada, y que sus derechos se cristalicen en base a las necesidades y exigencias propias de este grupo de atención prioritaria. Y, en este sentido, es relevante el hecho de que el constituyente de Montecristi, estableció claramente en los artículos 35, y del 44 al 46, de la Constitución el hecho de que los niños, niñas y adolescentes se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria y especializada, por lo que, el cumplimiento de sus derechos debe ser inmediato.

En este sentido, el texto fundamental deja claro que cuando se realice cualquier acción que afecte a este grupo poblacional, debe priorizarse su desarrollo integral y el pleno ejercicio de todos y cada uno de sus derechos, por lo que, se atenderá al principio de interés superior y el bienestar de los mismos prevalecerá sobre el de cualquier otra persona. Todo ello claramente evidencia el interés de la normativa constitucional ecuatoriana por ofrecer a todos los asuntos vinculados con la niñez y adolescencia, un especial tratamiento cuando de su bienestar se trate, lo que claramente se lograría sin someterlo a los efectos negativos de un proceso judicial, el cual causa un factor de tensión entre los sujetos procesales, que se extiende hacia ellos.

También es relevante el hecho de que la Constitución ecuatoriana legítima la posibilidad de aplicación de la mediación como una herramienta alternativa de solución de conflictos, estableciendo que puede aplicarse en aquellos asuntos en que, por la naturaleza y esencia de los mismos, se consideren transigible, regulando estos mecanismos en su artículo 190, lo que indiscutiblemente autoriza la posibilidad de que los temas relacionado con la niñez y adolescencia que cumplan con este requerimiento, la mediación pueda realizarse en cualquiera de las etapas del proceso e, inclusive, puede realizarse previamente a éste, pues el texto fundamental y el espíritu del constituyente de Montecristi, era garantizar una administración de justicia pacífica y que propende a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reduciendo de esta forma la conflictividad en el proceso judicial.

Otra de las normas jurídicas que fundamentan la posibilidad de realizar la reforma que se pretende, es el Código Orgánico de la Función Judicial. Es destacable el hecho de que esta ley, en su artículo 17, reconoce el hecho de que la mediación se erige como uno de los mecanismos de resolución de conflictos permitidos en el sistema de justicia ecuatoriano, y que debe propender a convertirse en un servicio público en beneficio de todos los miembros de la comunidad. Adicionalmente, en su artículo 130, referido a las facultades jurisdiccionales de los jueces, en su numeral once, afirma que se debe procurar la aplicación de cualquier herramienta de conciliación entre las partes, así como de considerarlo pertinente remitir el proceso a un centro de mediación en aquellas materias transigibles con la finalidad de procurar una solución al conflicto.

Uno de los aspectos importantes que se derivan de esta norma, es el pronunciamiento que realizan sus disposiciones reformativas y derogatorias, cuando ordena agregar al artículo 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), un texto que diga: “El Consejo de la Judicatura podrá organizar centros de mediación pre procesal e intra procesal”. Lo que ordena dicha disposición reformativa, adquiere especial relevancia en vinculación con la temática que se presenta, pues legítima la posibilidad de que la función judicial pueda organizar centros de mediación previa, es decir, centros que medien antes de iniciarse el proceso, como en efecto sucede en la práctica sin que sea obligatorio comparecer a este mecanismo previo, lo que se encuentra ampliamente en concordancia con la propuesta que se pretende implementar.

Fundamenta igualmente la posibilidad de implementar la mediación previa en temas de niñez y adolescencia de naturaleza transigible, lo constituye el Código de la Niñez y Adolescencia. Esta norma jurídica, en su Título XI, se pronuncia sobre la mediación, estableciendo que procede en todas aquellas materias transigibles que no atente contra cualquiera de los derechos reconocidos a los menores (Art. 294).

Como se ha podido evidenciar hasta el momento, variada es la normativa jurídica ecuatoriana que legitima el empleo de la mediación en asuntos de niñez y adolescencia cuando son de naturaleza transigible. De esta forma, considerar la posibilidad, de que la mediación en estos temas sea anterior al proceso mismo, responde no sólo a una necesidad de mejorar la administración de justicia, sino de garantizar de mejor forma el interés superior del niño. Estableciendo en el COGEP un requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencias, concretamente, que a las demandas que promuevan acciones de esta naturaleza se acompañe junto con los documentos pertinentes, el acta que acredite haber sometido la litis a un centro de mediación sin que se haya podido llegar acuerdo, a consecuencia de ello, justamente se daría paso al proceso judicial en cuestión.

A partir de ello, se plantean algunas ideas que conformarían la reforma a la referida norma jurídica:

- Debe incluirse en el COGEP, en su artículo 142, referido al contenido de la demanda, un requisito que consistiría en solicitar que a todas las demandas relacionadas con materia transigible de niñez y adolescencia se acompañe el acta de mediación mediante la cual se exprese la constancia de haber intentado la etapa de mediación previa sin que se haya arribado a acuerdo, ya sea por no querer la parte actora, o las partes, aceptar tal etapa o por cuanto, habiendo evacuado, no se logró ningún acuerdo.
- El proceso de mediación previo deberá realizarse en los centros de mediación autorizados por el Consejo de la Judicatura. El conocimiento y tramitación del mismo se realizará teniendo en cuenta la ley, los reglamentos y preceptos ya contenidos sobre el funcionamiento de estos centros de mediación.
- Las partes, de común acuerdo o por la voluntad de una sola de ellas expresada en el centro de mediación asignado, podrán abstenerse de someter su conflicto en el centros de

mediación y, en su lugar, podrán iniciar el proceso judicial adjuntando la constancia de imposibilidad de mediación o de acuerdo a la demanda.

- Si iniciado el proceso de mediación, las partes no llegaren a un acuerdo, entonces se encontrarán habilitadas para poner en conocimiento el asunto en la vía judicial.
- Si cualquiera de las partes, presentará una demanda ante cualquiera de los juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia del país, y el juez se percata de que no se acompañó el acta otorgada por el centro de mediación haciéndose constar la imposibilidad de mediación o de llegar a un acuerdo, procederá a ordenar la subsanación por medio de las herramientas procesales establecidas en el COGEP, y en caso de que no se corrija la demanda oportunamente, la archivará.

En sentido general, estas ideas podrían constituir el fundamento de lo que sería la reforma al COGEP. Como se ha evidenciado, indiscutiblemente todas y cada una de estas evaluaciones, se encuentran respondiendo a la necesidad de proteger el interés superior del niño y evitar cualquier tipo de conflictos, estrés o tensión que se pudiera generar con un proceso judicial de esta naturaleza entre los integrantes de la familia. Lograrlo, es constitucional y jurídicamente viable, y las ventajas tanto para el menor, para las partes en conflicto y para el propio sistema judicial, son innegables.

CONCLUSIONES

A partir de todos y cada uno de los elementos que han sido analizados a lo largo de la investigación, cabe destacar las siguientes ideas conclusivas:

- Con la promulgación de la Constitución del año 2008, el constituyente previó la posibilidad de que el sistema de justicia ecuatoriano se fundamentará sobre herramientas no tradicionales y más actuales de resolución de conflictos, legitimando de esta forma la posibilidad de que los procesos judiciales, en los que la *litis* verse sobre materia transigible, pueda accederse a instrumentos como la mediación.
- En este sentido, esta herramienta se erige como una de las alternativas que establece la posibilidad de que, dos o más personas en conflicto, sometan la solución del mismo a un tercero imparcial, que propondrá ideas que en su conjunto le permitirá a las partes dialogar y arribar a una solución amistosa.
- En sentido general se ha podido concluir, que la mediación constituye sin duda alguna uno de los mecanismos más beneficiosos que garantizan a las partes no sólo, disminuir el estrés y eliminar los resentimientos de conflictos previos, sino que también asegura la solución de dichos problemas en menor tiempo y con mayor reducción de costos procesales.
- Igualmente, se ha verificado, ayudado por el Derecho Comparado, que otros países incluyen en sus sistemas jurídicos la mediación o conciliación pre procesal, pues, le atribuyen grandes beneficios a la hora de resolver conflictos de naturaleza transigible, principalmente aquellos relacionados con la niñez y adolescencia.
- El empleo de la mediación en asuntos relacionados con la niñez y adolescencia, adquiere especial relevancia en la realidad nacional ecuatoriana. Se ha podido constatar que, en aquellos asuntos transigibles relacionados con niños, niñas y adolescentes, los jueces excepcionalmente derivan dichos procesos a los centros de mediación, resolviendo los

mismos generalmente por medio de los mecanismos tradicionales reconocidos en el COGEP.

- Ello, provoca un incremento sustancial en la cantidad de carga procesal que tienen los jueces y, además, implica la imposición de una solución al conflicto por medio de resolución a las partes de la decisión que los jueces hayan adoptado; alejando de esta forma la posibilidad de que los intervinientes en un proceso judicial logren dirimir cualquier conflicto personal que hayan podido tener, y con ello se transmite tensión y estrés también al niño o adolescente, con lo que se afecta igualmente su interés superior.
- Ha sido con la promulgación del COGEP cuando los jueces en sentido general se han restringido aún más a derivar los procesos en materia transigible de niñez y adolescencia a un mediador, según lo han expresado varios de ellos, pues los términos poco flexibles establecidos en dicha norma jurídica, afectarían la celeridad procesal y los tiempos en que debe ser resuelta la causa y su propia productividad.
- Se ha podido corroborar que, a pesar de ello, la amplia mayoría de los jueces especializados en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia, coincide en que la forma en la que se da tratamiento a este tipo de procesos en la actualidad se aleja del espíritu del constituyente y de la verdadera eficacia de la administración de justicia en su relación con los niños y adolescentes; existiendo coincidencia en que, la posibilidad de que la mediación se convierta en una institución de naturaleza previa y obligatoria a la presentación de cualquier demanda con estas características, generaría innegables beneficios para todos.
- Es así que, reformar el COGEP en el sentido de establecer como requisito de procedibilidad previo la presentación de cualquier demanda en materia transigible de niñez y adolescencia, ayudaría no sólo a garantizar de mejor forma el interés superior del niño, sino a la resolución amistosa de cualquier conflicto y resentimiento existente entre las partes, así como disminuiría sustancialmente la carga procesal de los jueces, ayudando

con ello a la administración efectiva de la justicia especializada de niñez y adolescencia en el país.

RECOMENDACIONES

A partir de todos y cada uno de los elementos e ideas conclusivas que han sido expuestas a lo largo de la investigación, se pueden plantear como recomendaciones las siguientes:

- La principal recomendación sería que se incluya en COGEP la propuesta de reforma, de manera tal que se exija la mediación previa en todos los procesos relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia.
- Someter el contenido, propuesta y conclusiones de la investigación en cuestión, al Comité Académico de Posgrado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, a los efectos de que, previa su validación y legitimación académica, garantice su publicación en el repositorio de dicha universidad para que pueda ser de general acceso y consulta por parte de los investigadores, juristas y académicos del país.
- Incentivar, desde la realización de investigaciones de este tipo, no sólo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil sino al resto de los centros de altos estudios del país, a prestar especial atención a las temáticas relacionadas con la mediación y su preferencia con respecto a los procesos judiciales tradicionales, en el sentido de crear más áreas o campos de estudio de pre grado y posgrado en estos temas, incrementando con ello acervo académico e investigativo de la universidad ecuatoriana.
- Presentar, una vez que haya sido autorizada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la legitimidad, originalidad y relevancia de dicha investigación, el texto íntegro de la misma al Consejo de la Judicatura y a la Asamblea Nacional, a los efectos de que cuenten no sólo con la necesidad de la propuesta sino con el estudio que, en su generalidad, justifica la necesidad de adoptar la reforma procesal sugerida.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, M. (2015). Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación. *Ars Boni et Aequi*, 11(2), 11-47.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (2019). *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribuciones al estudio de los fines del proceso*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Alzate, R., Fernández, I., & Merino, C. (2013). Desarrollo de la cultura de la paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria. *Política y Sociedad*, 50(1), 179-194.
- Argentina, Congreso. (1995). *Ley 24.573 de Mediación y Conciliación*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Avilés, Á., Diez De Revenga, M., & Jover, E. (2014). La mediación. El abogado ante el proceso de mediación. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*(48), 14-45.
- Barallat, J. (2013). La mediación en el ámbito penal. *Revista jurídica de Castilla y León*(29), 1-17.
- Bolivia, Asamblea Constituyente. (2009). *Constitución Política del Estado*. La Paz: Congreso Nacional.
- Butrón, P. (2011). La mediación penal. *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* (págs. 43-49). Coruña: Sociedad Gallega de Derecho Procesal.
- Carnelutti, F. (2011). *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTEHA.

- Castilla-La Mancha, Cortes. (2005). *Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar*. Castilla-La Mancha: Boletín Oficial del Estado No. 203.
- Cataluña, Parlamento. (2001). *Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar*. Cataluña: Boletín Oficial del Estado No. 91.
- CHDIP. (1980). *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
- Cillero, M. (2010). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.
- CNUDMI. (2002). *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Nueva York: Organización de Naciones Unidas.
- Cornelio, E. (2014). Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como Derecho Humano. *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, volumen No. 17. pp. 81-95.
- Corte IDH. (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Coser, L. (2012). *The Functions of Social Conflict*. Abingdon: Routledge.
- Del Picó, J. (2011). Evolución y actualidad de la concesión de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. *Ius et Praxis*, 17(1), 31-56.

Ecuador, Asamblea Nacional. (09 de marzo de 2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Obtenido de Registro Oficial, Suplemento, 544: <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-ORGANICO-DE-LA-FUNCION-JUDICIAL.pdf>.

Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 506.

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Asamblea Nacional.

Ecuador, Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 100)*. Quito: Registro Oficial No. 737.

Ecuador, Congreso Nacional. (14 de 12 de 2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Obtenido de Registro Oficial No. 417: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>.

Ecuador, Consejo de la Judicatura. (2016). *Resolución No. 145. Instructivo para la derivación de causas judiciales a Centros de Mediación y ejecución de Actas de Mediación*. Quito: Registro Oficial No. 855.

España, Cortes Generales. (1981). *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determine el procedimiento a seguir las causas de nulidad, separación y divorcio*. Madrid: Boletín Oficial del Estado No. 172.

España, Cortes Generales. (2005). *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*. Madrid: Boletín Oficial del Estado No. 163.

- Espluguez, C. (2013). El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI(136), 175-199.
- Galicia, Parlamento. (2001). *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar*. Galicia: Boletín Oficial del Estado No. 157.
- García, L. (2016). *Mediación en conflictos familiares. Una construcción del derecho de familia*. Madrid: Reus.
- García, L., & Vázquez, E. (2015). La mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada? *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*(3), 21-36.
- García, M. D. (2015). El conflicto y sus tipos en el ámbito escolar. *Arista Digital*(52), 1-7.
- González, O. A. (2018). Derechos humanos y derechos fundamentales. *Revistas del III: Hechos y Derechos*(45), 1-12.
- Hernández, E. (2013). Mediaciones en el conflicto armado colombiano. Hallazgos desde la investigación para la paz. *CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, 9(18), 31-57.
- Hinojosa, M. B., & Vázquez, R. L. (2018). La familia como elemento mediador entre la Cultura de Paz y la violencia cultural. *Justicia*(34), 405-455.
- López, R. E. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.
- Macho, C. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. *Anuario de Derecho Civil*, 67(3), 931-996.

- Marques, C. (2013). *La mediación*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez, J. I. (2018). El principio de confidencialidad en la mediación. Una delimitación conceptual obligada. *Revista General de de es Derecho Procesal*(44), 1-56.
- Mazo, H. M. (2013). La mediación como herramienta de la justicia restaurativa. *Opinión Jurídica*, 12(23), 99-114.
- México, Asamblea Legislativa. (2008). *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*. México: Gaceta Oficial del Distrito Federal.
- México, Congreso Constituyente. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial de la Federación.
- México, Congreso de la Unión. (1932). *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*. México: Diario Oficial de la Federación.
- México, Consejo de la Judicatura. (2016). *Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia* . México: Consejo de la Judicatura.
- Meza, M. D. (2018). El recurso de información y comunicación. *e-Ciencias de la Información*, 8(2), 1-20.
- OEA. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de Conferencia Especializada Interamericana (Pacto de San José):
<https://www.oas.org/dil/esp/Convenci%C3%B3n%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos%20Pacto%20de%20San%20Jos%C3%A9%20de%20Costa%20Rica%20Republica%20Dominicaca.pdf>.
- Oliva, E., & Villa, V. J. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20.

ONU. (1945). *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. San Francisco: Organización de la Naciones Unidas.

ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. New York: Naciones Unidas.

ONU. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. New York: Organización de Naciones Unidas.

ONU. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Obtenido de Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI):

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

ONU. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI):

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (2012). *Informe del Secretario General "Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución"*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Panamá, Presidencia. (1999). *Decreto Ley No. 5 por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación*. Panamá: Presidencia de la República.

- Peña, A. J. (2018). Beneficios de aplicar la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en temas tributarios. *Saber-Ciencia y Libertad*, 13(2), 78-86.
- Ponieman, A. (2017). El impacto de los métodos alternativos de solución de controversias en los sistemas jurídicos sudamericanos y su incidencia en los acuerdos de integración. *Pauta: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*(59), 23-29.
- República Dominicana, Asamblea Nacional Revisora. (2010). *Constitución Política*. Santo Domingo: Gaceta Oficial No. 10561.
- Rodríguez, G. (2011). Principios básicos de la mediación y Resolución Alternativa de Conflictos Penales. *Revista Crítica Penal y Poder*(1), 307-314.
- Romero, F. (2002). La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los Padres. El papel de mediador. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*(40), 31-54.
- Rosales, B. (2018). Métodos alternativos de solución de conflictos. *DÍKÊ: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 11(23), 1-6.
- Royo, J. M., Urgell, J., Urrutia, P., Vilellas, A., & Vilellas, M. (2018). *Negociaciones de paz 2018. Análisis de tendencias y escenarios*. Barcelona: Icaria.
- Sociedad de Naciones. (1924). *Declaración de los Derechos del Niño*. Ginebra: Sociedad de Naciones.
- Tarud, C. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12(23), 115-132.

- Thomas, K. (2018). Conflict and negotiation processes in organizations. En D. Dunnette, & L. M. Houg, *Handbook of Industrial and Organizational psychology* (2a. ed., págs. 651-717). Minneapolis: University of Minnesota/Brunel University/Florida International University/Marmara University.
- UE. (1998). *Recomendación No. 981 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar*. París: Unión Europea.
- Valencia, Cortes. (2001). *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar*. Valencia: Boletín Oficial del Estado No. 303.
- Vargas, M. (2002). Los niños en la mediación familiar. *Revista de Derechos del Niño*(1), 137-166.
- Vargas, M., & Correa, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Ius et Praxis*, 17(1), 177-203.
- Villagrasa, C. (2013). La mediación comunitaria o vecinal. En H. Soletto, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (págs. 655-671). Madrid: Tecnos.
- Viola, I. (2010). La confidencialidad en el procedimiento de mediación. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*(11), 1-10.

ANEXOS



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ENTREVISTA A JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE QUEVEDO Y GUAYAQUIL

Estimado/a Entrevistado/a:

Como parte de la investigación titulada “**LA MEDIACIÓN PREVIA EN MATERIA TRANSIGIBLE DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)**”, que se realiza en el marco de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Procesal, que se realiza en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, nos permitimos presentarles una serie de interrogantes, con la finalidad de conocer su criterio, en torno al problema de investigación que se plantea.

Agradecemos su colaboración.

1. Indique sus nombres y apellidos completos.
2. Indique su edad.
3. Refiera su formación académica
4. Indique ¿en qué materia se desarrolla como jueza o juez?
5. Indique ¿en qué ciudad Usted desarrolla sus labores como jueza o juez?
6. Indique ¿qué experiencia tiene Usted como jueza o juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia o jueza o juez multicompetente?
7. En los procesos judiciales que Usted ha conocido, relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia, ¿envía habitualmente a las partes procesales a los centros de mediación? De ser negativa su respuesta indique ¿por qué?

8. Podría referir Usted ¿por qué vía se culminan mayormente los procesos judiciales relacionados con materia transigible de niñez y adolescencia que se tramitan en su juzgado, por acuerdos de mediación o por resolución?
9. ¿Considera Usted que sería una propuesta viable, exigir como requisito de procedibilidad la mediación previa y obligatoria, como presupuesto para iniciar un proceso judicial relacionado con materia transigible de niñez y adolescencia? De ser positiva su respuesta, fundamente ¿por qué?
10. ¿Considera Usted que se encuentra motivada y justificada la propuesta de reforma al COGEP a los efectos de incluir la condición antes referida? De ser positiva su respuesta, justifique ¿por qué?

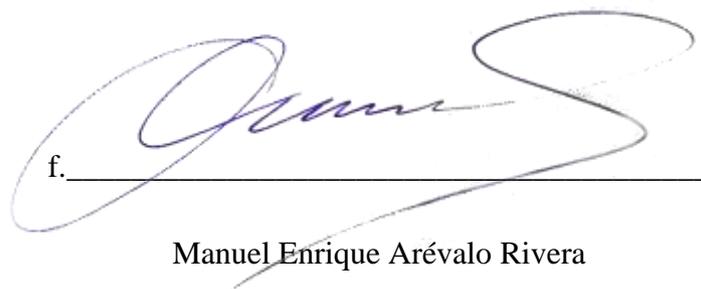
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Manuel Enrique Arévalo Rivera, con C.C.# 0924650021, autor del trabajo de titulación **LA MEDIACIÓN PREVIA EN MATERIA TRANSIGIBLE DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)**, previo a la obtención del título de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 30 de agosto de 2020.

f. 

Manuel Enrique Arévalo Rivera

C.C. 0924650021

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	LA MEDIACIÓN PREVIA EN MATERIA TRANSIGIBLE DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)		
AUTOR(ES)	MANUEL ENRIQUE ARÉVALO RIVERA		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	DRA. NURIA PÉREZ PUIG-MIR, PHD.; JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ		
INSTITUCIÓN:	UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL		
UNIDAD/FACULTAD:	SISTEMA DE POSGRADO		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL		
GRADO OBTENIDO:	MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	18 DE AGOSTO DE 2020	No. DE PÁGINAS:	104
ÁREAS TEMÁTICAS:	DERECHO PROCESAL, DERECHO DE LA FAMILIA MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, MEDIACIÓN		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	MEDIACIÓN; MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS; NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS		
<p>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): La Constitución ecuatoriana del año 2008 reconoció la posibilidad del empleo de los Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos, lo que legitima el uso de los mismos en la práctica jurídica nacional. En los procesos judiciales por cuestiones relacionadas a la niñez y adolescencia, los jueces muchas veces derivan los procesos a mediación. Plantear la posibilidad de que, en estos asuntos, las partes accedan a la mediación como requisito previo antes de ir a un proceso judicial, constituye un planteamiento de gran valor, no solo para los intervinientes, sino para la propia administración de justicia, reduciéndose los costos y el tiempo en la solución de los litigios. A partir de estos antecedentes, este estudio se plantea como objetivo general el demostrar la pertinencia de incluir la mediación previa en materia de niñez y adolescencia y de reformar con ese objeto el Código Orgánico General de Procesos (COGEP); lo que se intentará por medio de una metodología cualitativa y cuantitativa con un enfoque descriptivo, por lo que a través de métodos como el histórico, analítico, deductivo y estadístico, y técnicas como la revisión documental y la entrevista, se intentará establecer los beneficios y la necesidad de reformar el COGEP, a los efectos de incluir la mediación previa en materia transigible niñez y adolescencia en el sistema procesal ecuatoriano. Con el estudio se ha podido concluir la relevancia de insertar la mediación previa como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso judicial en materia transigible de niñez y adolescencia.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0996217683	E-mail: manuaevalorivera@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: +593-: 0982466656		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	