

LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS JUICIOS QUE VERSAN SOBRE LA NIÑEZ.

Introducción.

El presente trabajo tiene como fin, el procurar que como abogados accedamos más a los Medios Alternativos de solución de conflicto, con la finalidad de brindar un mejor servicio a la comunidad, y sobre todo generar la cultura de paz, que hace falta dentro de la formación de los profesionales del derecho y de la comunidad en general.

Los derechos de niños, niñas y adolescentes, se ven vulnerados por acceder a la administración de justicia, que en ciertas ocasiones es muy lenta, los juicios duran a veces meses e incluso años y no todos tienen una solución satisfactoria o que beneficie al niño, niña o adolescentes, quedando así en total desprotección.

La mediación al ser alternativa, en donde se utiliza la comunicación como medio para resolver conflictos, facilitará los procesos en que se tenga que reconocer derechos de los niños y adolescentes, pudiendo tener una pronta solución eficaz, rápida y sobre todo que velando por el interés superior del niño, niña o adolescente.

El abogado de las partes es el llamado a que el cliente, o la persona que contrata sus servicios, sea el que promueva acceder a la Mediación como una solución para resolver los problemas, sobre todo permitirá que los niños y adolescentes no se desgasten emocionalmente y no se provoque una ruptura de relaciones con sus padres, familiares, etc.

En la actualidad lo importante para un abogado no debe ser cuantos juicios se gane, sino cuantas acuerdo llegues en beneficio de las partes, y sobre todo que aquella relación que se mantuvo no se resquebraje sino que mejore.

CAPITULO I

1. La mediación.-

I. Generalidades.-

Uno de los medios alternativos para la solución de conflictos más antiguos y tradicionales, es el diálogo, ya que a través de este se puede superar cualquier dificultad y cualquier problema que se haya suscitado.

El dialogar permite una búsqueda de soluciones prácticas a los problemas, eso es la mediación una salida rápida, eficiente para llegar a terminar con un conflicto.

II. El conflicto.- concepto.- Teoría del conflicto.-

Un aspecto importante dentro de la mediación, es lo que se conoce como el conflicto, ya que se lo considera como el presupuesto de la mediación, siendo así que se considera que “el conflicto del latín conflictos, entendido como la percepción de necesidades y aspiraciones incompatibles en un mismo momento...”¹. Se trata, en sentido amplio, de una controversia o confronte entre dos personas que sustentan una opinión distinta sobre un bien de la vida.

Hay que considerar que si bien el presupuesto de la Mediación es el conflicto, también el ser humano, tiende a solucionarlo o buscar una solución, siendo así que ésta puede ser pacífica y acordada por las partes o puede a su vez ser impuesta por una tercera persona que en este caso es el Juez.

a. Fases de un conflicto:

El conflicto pasa por diferentes fases, estas son:

1. Conflicto latente.

¹ Zalles, Jorge. “Barreras al diálogo y al consenso”, Editorial Norma, pag.,27. 1998.

2. Iniciación del conflicto.
3. Equilibrio del poder.
4. Ruptura del equilibrio.

1. Conflicto latente.- Aquí el conflicto no se ha iniciado, pero existen las condiciones para que se de el conflicto y es así cuando se manifiestan intereses que pueden manifestarse de manera divergente, es decir de modo que se opongan.
2. Iniciación del Conflicto.- Puede haber algún hecho que de inicio al conflicto y se lo da por manifestó, a través de un factor desencadenante.
3. Equilibrio de poder.- Aquí se decide si recurrir a la fuerza, a un juez o a una mediación para que se encuentre la solución.
4. Ruptura del equilibrio.- Es la pérdida del equilibrio.

b. Comportamientos frente al conflicto.

Luego de que se ha puesto de manifiesto el conflicto, se tiene diferentes comportamientos:

1. Competir o contender.
2. Ceder o conceder.
3. Convenir
4. Colaborar y solucionar.
5. Evitar no hacer nada.

1. Competir.- Hay una priorización de las metas propias sobre los objetivos del otro, se procurará resolver el conflicto en sus propios términos, sus propias aspiraciones y tratar de persuadir a la otra parte para que ceda, es decir se trata de imponer la solución que yo quiero.
2. Ceder.- Cuando hablamos de ceder damos preferencia a las metas de la otra parte, es decir, satisfacer los deseos de la otra parte, dando más valor a lo que el otro quiere.
3. Convenir.- Se refiere a una concesión parcial. Se satisfacen parte de las metas propias y parte de la otra parte.

4. Colaborar.- Se obtiene una alta satisfacción de los intereses y metas de ambas partes es decir, dividir el campo de la negociación, pero al colaborar este campo no se divide, sino que se amplía y se agranda; para esto se debe hacer que las partes trasciendan las posiciones originales. Para hacer esto se hace una investigación real válida de sus intereses.
5. Evitar no hacer nada.- Las aspiraciones propias y ajenas son indiferentes, por lo que se prefiere no hacer nada.

III. La mediación concepto.-

Una vez que hemos definido al conflicto y se ha visto cual de las soluciones puede darse la una pacífica “mediación” y la otra judicial “juicio”, definiremos lo que es la mediación según la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 43 define a la “mediación como 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”².

El autor Christopher Moore, define a la mediación como la intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizándole decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente un arreglo mutuamente aceptable.

IV. Características.-

1. La voluntariedad.- al ser un procedimiento de solución de conflictos, a la cual las partes acceden libremente, con la finalidad de llegar a un acuerdo, previa solicitud a los centros de mediación o a mediadores independientes que deben de estar debidamente autorizados, o si se encuentra dentro de un trámite previa solicitud al juez, o el juez de oficio envía el archivo a los Centros de Mediación. Este es un procedimiento que permite que las partes implicadas lleguen a un acuerdo. Las partes son quien deciden si se someten o no al procedimiento y

² Ley de Arbitraje y Mediación.

hasta cuando desean utilizarlo, son ellos quienes manejan este procedimiento libremente, pudiendo renunciarlo hasta cuando ellos decidan, incluso puede darse el caso de que se llegue a un acuerdo en ciertos puntos y en otros no, por lo que libremente pueden firmar el acta solo en las partes en las cuales se ha llegado a un acuerdo y las otras pueden someterla a la justicia ordinaria.

2. La mediación debe de estar asistida por un tercero neutral llamado mediador, este tercero neutral desconoce del conflicto, por lo que a lo largo del proceso se va a enterar de las posiciones que tiene cada una de las partes. Este tercero neutral va a tratar de que las partes se acerquen a una solución que beneficie a ambos, se trata de Ganar-ganar. Además el mediador lo que debe hacer es facilitar la comunicación entre las partes, ayudar a que formulen propuestas positivas y acuerdos, generar confianza en las propias soluciones, tener la capacidad de escuchar, y sobre todo una habilidad para transmitir serenidad. Es así que la tarea del mediador es de asistir a las partes, no tiene ningún poder en la toma de decisiones.
3. La mediación tiene el carácter de ser confidencial, es una de las características más relevantes de la mediación, diferenciándose del sistema judicial, debido a que si una persona demanda no hay el carácter de ser confidencial ya que a los procesos judiciales puede acceder a ver cualquier persona, por lo que en la mediación la información recibida de las partes se mantendrá en reserva, siendo así que las reuniones que se mantengan con las partes son confidenciales; siendo así que la confidencialidad que debe guardar el mediador opera tanto frente a tercero como frente a las partes. Además se debe recalcar que muchas personas acuden a la mediación por ésta característica, ya que las partes tienen la certeza de que sus diferencias no tendrán repercusión alguna en los medios de comunicación o en su entorno social cercano.
4. La imparcialidad.- Dentro de la mediación, el tercero que asiste a la mediación “mediador”, no debe y no puede inclinarse a favor de ninguna de las partes, podría eventualmente sugerir o recomendar propuestas de arreglo o soluciones intermedias que pueden como no ser aceptadas o rechazadas por las partes, ya que son ellos quienes tienen que dar la solución al problema. En cambio en el

caso del procedimiento judicial el tercero que en este caso es el juez es quien resuelve en mérito de autos, es decir en base a las pruebas que hayan aportado las partes, por lo que la solución siempre va a beneficiar a una sola parte y la otra va a perder.

5. La autodeterminación.- En la mediación la partes son quienes llegan, mediante la asistencia de un tercero, a la solución del conflicto, ya que son las partes quienes definen sus argumentos, soluciones, necesidades, y el resultado de la mediación.
6. Es un procedimiento flexible, debido a que requiere de mínimas solemnidades, ya que las partes son quienes van haciendo el procedimiento de acuerdo a sus necesidades y de las circunstancias.

V. Ventajas de la mediación.

1. El procedimiento de la mediación es informal por lo que el mediador no está obligado por las reglas procesales, siendo así que puede rápidamente simplificar el caso.
2. Ahorro de tiempo, las personas que acceden a los medios alternativos de solución de conflicto en forma voluntaria, por el hecho de tratar de solucionar el problema lo resuelven con mucha más rapidez y eficacia, que al acceder a la justicia ordinaria, por lo que en la actualidad se puede constatar que el hecho de plantear una demanda acarrea mucho tiempo; vemos a diario que los juicios retardan años, debido a la carga procesal que existen en los tribunales, debiendo esperar meses o años para tener una resolución a la demanda. En conclusión la mediación es una forma de terminar el conflicto a veces en una sola audiencia de una o dos horas.
3. En la mediación lo que se trata de evitar que haya ganadores y perdedores, ya que como la solución es conjunta y ambas partes la construyen, tratándose en

este procedimiento de “ganar-ganar”, ya que si alguna de las partes se siente perdedora puede acarrear una ruptura en las relaciones personales de las partes; siendo así que con la mediación no existe tal ruptura de relaciones ya que son las partes quienes se benefician del acuerdo llegado.

4. Genera un ahorro de dinero, este procedimiento es mucho más económico que la justicia ordinaria, debido a que las demandas como pueden durar mucho tiempo implica gasto de dinero de los honorarios del abogado, tasa judicial, en cambio en la mediación como se puede llegar a una solución mucho más rápida el costo es menor.
5. Existe un mayor compromiso de las partes, ya que como ambos construyeron el acuerdo o la solución, aumenta la responsabilidad dentro del acta final.
6. Produce una disminución de los trámites en los tribunales de justicia, ya que al ingresar a los centros de Mediación, descongestionan el sistema judicial, y por lo mismo generan un ahorro al Estado.
7. Confidencialidad.- como tiene la característica de ser confidencial, la mayor obligación del mediador es de reservar el secreto de todo lo que sea revelado en el proceso de mediación. Es una ventaja ya que las partes se sienten libres de expresar sus ideas, además de que todo lo que se diga en las audiencias no va a ser difundido por la prensa, a diferencia de lo que ocurre con el sistema judicial cuyo procedimiento es público y oral careciendo de toda confidencialidad.

VI. Desventajas de la mediación

Hay autores que sostienen que “las mujeres logran peores acuerdos cuando concurren al sistema de mediación que cuando solucionan sus conflictos en el sistema judicial formal”.³, y es que algunos autores sostienen que la mediación se debe ceder o renunciar parte del derecho que le asiste para acordarlo con el otro.

³ Suares Marines, Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas, pag. 53.

Sin embargo la comunicación que se da entre las partes puede mejorar las relaciones y a su vez construir un acuerdo conjunto y llevadero para las partes en disputa, por lo que no es que pierda la una parte más bien ganan ambos porque es una solución que ambos han realizado de acuerdo a sus intereses.

VII. Casos en que la mediación es recomendable.

La mediación es recomendable en los siguientes casos:

- a. Cuando el motivo de la disputa no conviene a nadie y ninguno realmente desea entablar un juicio.
- b. Cuando el motivo del conflicto radica en una mala comunicación.
- c. Cuando las partes han tenido una relación buena, de amistad, por lo tanto es más fácil que las partes accedan a la mediación.
- d. Cuando el conflicto se requiere que se solucione rápidamente, sin necesidad de entablar un juicio.

VIII. Diferencias entre la mediación y la justicia ordinaria.

1. Las partes son quienes forman el acuerdo dentro de la mediación, en cambio en la justicia ordinaria es un tercero en este caso el juez quien toma la decisión en base a las pruebas aportadas.
2. El procedimiento de la mediación es informal, y son las partes quienes van construyendo su acuerdo que puede ser en una sola audiencia o en varias, en cambio si se somete a juicio el procedimiento es estricto y se debe respetar los términos que se encuentran dentro de la ley.

CAPITULO II

Mediación y el Código de la Niñez y Adolescencia.

I.La ley de arbitraje y mediación y el código de la niñez y adolescencia. Análisis de los Art. 294, 295,296.

La mediación al ser un procedimiento de solución de conflictos, puede ser utilizada dentro de los diferentes juicios planteados en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia;

la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 46 establece muy claramente en que casos procede la mediación, haciendo constar dentro del literal c de dicha ley que la mediación procede “Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte.....”⁴; siendo así que tanto las partes como el juez pueden disponer que el caso sea derivado a los centros de mediación para que puedan ser resueltos de una forma más rápida y eficaz.

Dentro del código de la Niñez y Adolescencia, dentro del título XI, de la sección quinta, se establece la mediación, detallado en los siguientes artículos:

Art. 294.- La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia.

Art. 295.- Se llevará a cabo ante un Centro de Mediación de los señalados en el artículo siguiente. Los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados.

Se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla.

Art. 296.- Los Centros de mediación deben ser autorizados legalmente para poder intervenir en las materias de que se trata el presente Código.

Art. 206.- Funciones de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, corresponde a las Juntas de Protección de Derechos.....h) Procurará, con el apoyo de las entidades autorizadas, la mediación y la conciliación de las partes involucradas en los asuntos que conozcan, de conformidad con la ley.

Claramente el código trata de regular la mediación dentro del mismo, es así que actualmente muchos de los casos más concretamente aquellos que tratan sobre alimentos, están siendo derivados a los centros de mediación de la función judicial, ya que existe demasiada carga procesal.

⁴ Ley de Arbitraje y Mediación.

Dentro del Art. 294, establece que solo puede proceder la mediación en materias transigibles, por lo que no cabe la mediación en casos en que se puede vulnerar derechos irrenunciables de la niñez y de la adolescencia. Es así que como por ejemplo en materia de adolescentes infractores, no podría derivarse el caso a mediación, debido a que la materia de que se trata no es transigible.

Las partes procesales también pueden solicitar que el caso vaya a mediación.

Una vez que el caso se ha derivado a mediación, existe un término de quince días, para que esta pueda ser resuelta, si dentro de este término, no se presenta el acta que contenga el acuerdo, se continua con el proceso, salvo el caso de que las partes manifiesten su deseo de ampliar dicho término.

Las Juntas Cantonales, al ser órganos operativos, con autonomía administrativa, también viene a ser entes que coadyuvan a la Mediación, al estar en coordinación con entidades autorizadas para que puedan facilitar la mediación entre las partes.

II. Juicios del Código de la Niñez y Adolescencia, casos en los que se puede aplicar y no la mediación.

1. Juicio de Alimentos.- este derecho nace como la obligación del vínculo familiar entre el niño, niña o adolescente, sus progenitores, y demás familiares dentro del vínculo filial, siendo las personas responsables, d brindar alimentos al niño, niña o adolescente.

El derecho de alimentos no se refiere únicamente a brindar al niño comida, alimentos, sino también a otras necesidades como recreación, asistencia médica, etc.

La prestación de alimentos se encuentra regulada en el Art. 126 al 147 del Código de la Niñez y Adolescencia. Claramente en el código se establece que este derecho no puede ser transferido, transmitido, ni aún se puede permitir su renuncia.

a. Características del Derecho de Alimentos.

Por lo que el derecho de alimentos es:

- a. Intransferible.- el derecho a alimentos no puede ser sujeto de enajenación ni a título oneroso ni a título gratuito por ser personalísimo cuyo interés además es de orden público familiar.⁵
- b. Intransmisible.- No es susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte.⁶
- c. Irrenunciable.- Este derecho no lo puede renunciar ni los progenitores a cuyo bajo cuidado se encuentre el niño, niña o adolescentes, y en el caso de existir un documento en el que rehaga contar la renuncia de este derecho se tendrá por no existente.
- d. Imprescriptible.- El derecho a pedir alimento no se pierde por prescripción.
- e. No se admite reembolso de lo pagado.- Cuando se haya fijado una pensión alimenticia provisional y posteriormente se lo deje sin efecto aún por orden judicial o voluntariamente, lo que haya sido pagado pro concepto de alimentos no tendrá que ser devuelto.

Siendo así que estas son las características esenciales del derecho de alimentos, no obstante si bien es cierto este derecho es irrenunciable y no permite compensación, existe la excepción ya que las pensiones alimenticias atrasadas pueden renunciarse o compensarse.

Según el Art. 127 del Código de la Niñez y Adolescencia, este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación.

Como se deduce este derecho tiene como finalidad el proteger al niño, y velar porque tenga lo necesario para poder vivir.

⁵ Alban Escobar Fernando, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Pag. 149. Gemagrafic, Ecuador

⁶ Alban Escobar Fernando, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Pag. 150. Gemagrafic, Ecuador.

b. Procedimiento del juicio de alimentos.

El procedimiento a seguir dentro del juicio de alimentos es el contencioso general, establecido en el Art. 271 al 283 del Código de la Niñez y Adolescencia. Dentro del Art. 273 del código establece “La audiencia de conciliación será conducida personalmente por el Juez, quien la iniciará promoviendo en las partes un arreglo conciliatorio, que, de haberlo, será aprobado en la misma audiencia y pondrá término al juzgamiento....” En el inciso tercero del mismo artículo, establece “antes de cerrar la audiencia, el Juez insistirá en una conciliación de las partes; si no la hay y existen hechos que deban probarse, convocará a la audiencia de prueba que deberá realizarse no antes de quince ni después de veinte días contados desde la fecha del señalamiento”.

Actualmente una vez que se ha propuesto la demanda, y se procede a la calificación del juez, se cita al demandado con la demanda, posteriormente existe una opción el juez puede disponer que la causa sea derivada a los Centros de Mediación y Arbitraje de la Función Judicial o puede seguir el curso del trámite y fijar la fecha de la audiencia, aunque una vez que procede que el juicio conozca el Centro de mediación en la mismo auto se hace constar la fecha de la audiencia de conciliación, en el caso de que no lleguen a ningún acuerdo dentro de los Centros de Mediación, para que nuevamente el juicio vuelva a los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, de donde fue demandado.

Esto ha ayudado mucho a la función judicial sobre todo a reducir la carga procesal existente dentro de los Juzgados, sin embargo muchos no asisten a la mediación debido a la mala información que proporciona el abogado de las partes, muchos de ellos optan por seguir con el trámite porque sostienen que es más beneficioso que la mediación, y como es un medio alternativo “no es obligatorio” las personas que están inmersas dentro del proceso no acuden a las audiencias.

c. La mediación y el juicio de alimentos.

El derecho de alimentos, al ser materia transigible procede que el caso sea derivado a mediación según lo establece el Artículo 294 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Se debe velar por el interés superior del niño, niña o adolescente, por lo que la mediación facilita que el derecho que le asiste tanto al niño, niña o adolescente, que este sea cumplido con más prontitud y celeridad que esperar la audiencia de mediación.

En el caso de que se demande alimentos y paternidad, también existe la facultad de derivar el caso a mediación, puede ser que la parte demandada por el reconocimiento del niño, niña o adolescente, solicite dentro de la mediación en el caso de duda el examen de ADN, por lo que el Centro de mediación solicitará dicho examen y esperará los resultados, cabe resaltar que en el caso de que salga positivo y la otra parte no quiera firmar el reconocimiento, es facultad del Juez expedir la sentencia en donde se manda a marginar en la partida de nacimiento el nombre del padre, ya que el examen médico legal es prueba suficiente para declarar la paternidad.

La intervención del abogado de las distintas partes, es muy primordial él es el llamado a impulsar a que su cliente acceda a la mediación, para llegar a una solución que beneficie a ambas partes, sin embargo muchas veces hemos visto que los abogados dificultan la comunicación entre las partes e incluso rompen las relaciones interpersonales, y familiares. Por lo que el abogado es quien debe crear la confianza en su cliente para que la mediación sea exitosa.

2. Juicio de Derecho de visitas.

Como lo establece Franco Sánchez, “los casos de pensión de alimentos, de tenencia, del régimen de visitas, de adopción, de infracciones de tipo pecuniario son susceptibles de mediación.....”⁷

El derecho de visitas en nuestra legislación no se encuentra definida en forma clara y precisa, , lo único que se ha hecho es señalar la obligatoriedad de este derecho en beneficio de uno de los progenitores, cuando el Juez a confiado la tenencia o el ejercicio

⁷ Sánchez, Franco. “Un modelo de resolución alternativa de conflictos para niños, niñas y adolescentes”, Quito, pag, 29.2000.

de la patria potestad a uno de ellos. Es así que tampoco se ha establecido con exactitud cual es el número de visitas que tiene derecho la otra persona, por lo que queda a buen criterio del juez establecer la misma.

El Art. 122 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que “En todos los casos en que el Juez confíe la tenencia o el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, deberá regular el régimen de las visitas que el otro podrá hacer al hijo o hija”.⁸

Es así que la ley da la facultad al Juez para regular las visitas, existe una excepción que es en el caso de medidas de protección, que se puede establecer a favor de un niño, niña o adolescente en contra del maltrato de uno de sus progenitores, en este caso el Juez puede negar el régimen de visitas, debido al riesgo que puede correr el niño, niña o adolescente si se encuentra bajo el cuidado del agresor.

El derecho de visitas puede solicitarle los progenitores, así como los demás parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de la línea colateral, como también respecto a otras personas, parientes o no ligadas afectivamente al niño, niña o adolescente.

El régimen de visitas al igual que el derecho de alimentos, sigue el mismo trámite el contencioso general, por lo que al ser también “materia transigible” puede derivarlo a los centros de mediación para llegar a una pronta solución.

3. Medidas de Protección.

Las medidas de protección son utilizadas para proteger al niño, niña o adolescente de cualquier tipo de maltrato. Por lo que es necesario que establezcamos la definición del mismo.

En el artículo 67 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el maltrato es toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la

⁸ Código de la Niñez y Adolescencia.

integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescente, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.....”⁹

Nuestro Código de la Niñez dentro de la definición establece diferentes tipos de maltrato, es por eso que podemos diferenciarlos de la siguiente manera:

1. Maltrato físico.
2. Maltrato psicológico.
3. Maltrato institucional.
4. Maltrato por negligencia.
5. Maltrato por descuido grave.
6. Maltrato por descuido grave reiterado.
7. Maltrato Social. (mendicidad)

Otro autor define al maltrato así “Es el comportamiento de padres, parientes, educadores, representantes y demás personas bajo quienes se hallan los niños, niñas y adolescentes, por el cual irrogan ofensas verbales y físicas consistentes en daño a su integridad personal, psicológica, institucional y de cualquier otra índoles que perturba el normal accionar diario.”¹⁰

Muy claramente podemos observar que tanto el legislador en la ley a abarcado todo tipo de maltrato y lo ha diferenciado una de otra para que no haya ninguna duda. Los diferentes tipos dde mlatrato constantes en nuestra legislación, serán sujetos de solicitar medidas de protección a favor de la víctima de maltrato, es así que nuestra legislación en su artículo 79 establece que medidas de protección puede solicitar para la diferentes casos de maltrato.

⁹ Código de la Niñez y Adolescencia.

¹⁰ Albán Escobar, Fernando, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Editorial Gemagrafic, pag. 86, 2003.

Las medidas de protección puede solicitar cualquier persona que conozca que algún niño, niña o adolescente es víctima de maltrato, esto con la finalidad de velar por la integridad de la persona que haya sido maltratada.

a. Medidas de protección y la mediación.

Las medidas de protección al ser solicitadas para proteger al niño, niña o adolescente no son susceptibles de llevarlas a mediación, por no ser materia transigible, esto se debe a que no se puede vulnerar o no se puede mediar un casos de que un niño haya sido maltratado física, psicológica, o institucionalmente, ya que la persona maltratante debe tener una sanción, es por ello que en la actualidad ninguno de los Jueces a llevado a mediación este tipo de casos, y es más que nada por que en la audiencia de conciliación, lo que se trata es que las partes tengan un acercamiento y que se trate de velar por la integridad del niño, niña o adolescente, con la finalidad de que ya sea que el maltratante no se acerque a la víctima o de que ingrese a algún programa para que este sea rehabilitado.

Sin embargo debería de ver la forma de que estos casos sean susceptibles de mediación debido principalmente a la carga procesal existente que en muchos casos retarda los juicios y no se dispone medidas de protección rápidas por lo que el niño, niña o adolescente quedan en total indefensión, es así que para que se de la primera audiencia de conciliación muchos de los casos transcurre un mes y medio para que recién el juez llegue a conversar con las partes y con la víctima del maltrato, es así que no se está dando las garantías necesarias para que estos caos se soluciones de una manera más pronta y eficaz.

Es necesario que los Centros de Mediación de la Función Judicial se especialicen más para tratar de llevar de la mejor manera estos casos para que se pueda tratar de llegar a un acuerdo en donde el niño, niña o adolescente no se vea afectado por la decisión que se tome.

Al igual con las investigaciones que se pueden realizar el Mediador puede conocer las circunstancias del hecho, y puede que se tome una medida como pro ejemplo una

rehabilitación, y no esperar a la audiencia para que el juez disponga la medida de protección.

4. El acta de mediación.- Efectos jurídicos.

Una vez que se ha solucionado los problemas mediante la mediación y las partes han llegado a un acuerdo, se procede a firmar el acta de mediación, que según la ley de Arbitraje y mediación lo define así, “el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”¹¹. Lo cual quiere decir:

1. “Que la voluntad expresada en el acta es irrevocable”¹², es decir que no puede tratarse el mismo tema dentro de otro juicio o mediación.
2. El acta de mediación “no puede ser objeto de apelación o recurso”¹³, la calidad que tiene esta es de sentencia ejecutoriada por lo que el solo hecho de haberla firmado no es susceptible de cambio. En el caso de los juicios de la niñez y adolescencia, sobre todo a lo que se refiere alimentos, estas actas pueden cambiar, debido a que las pensiones que se fijan en un determinado tiempo no pueden ser las mismas para otro, ya que las circunstancias cambian, por lo tanto las necesidades ya sea del niño, niña o adolescente pueden variar.
3. En el caso de que no se cumpla con el acta de mediación se puede pedir ante el juez la ejecución de lo pactado, por lo que el juez no está llamado a pronunciarse sobre lo firmado en el acta, sólo puede ejecutar dicha acta, incluso mediante vía de apremio y hacer que se cumpla con lo acordado por las partes.

¹¹ Ley de Arbitraje y Mediación.

¹² Pozo, Teodoro. “Resolución alternativa de conflictos”, Editorial UDA, pag, 135, 2000.

¹³ Pozo, Teodoro. “Resolución alternativa de conflictos”, Editorial UDA, pag, 135, 2000

CAPITULO III

“Hacia una nueva forma de solución de conflictos.”

I. La mediación y la justicia ordinaria.

La mediación es un medio que permite llegar a una solución pacífica y acordada entre las partes sin necesidad de llegar a intervenir en un juicio.

Muchos de los casos en que la gente a intervenido judicialmente, no siempre se llega a una solución, más bien implica mucho gasto de dinero, tiempo, y un desgaste emocional para aquellos que intervienen dentro de un proceso.

Dentro de los juzgados de la niñez varios casos se han derivado al centro de mediación, con la finalidad de dar por terminado el objeto del litigio, sin embargo muchas de las veces no se llega a un acuerdo por el rol que cumple el abogado de las distintas partes en el proceso, el que impide llegar a una solución pacífica y beneficioso para las partes.

II. La mediación y la audiencia de conciliación.-El rol del juez dentro de la audiencia de conciliación.

La audiencia de conciliación dentro de los distintos juicios llevados dentro del Juzgado de la Niñez y Adolescencia, tiene su similitud con lo la mediación, ya que el rol del juez esta orientado a que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio “que supone un avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes”¹⁴

Como explicamos anteriormente algunos de los casos son derivados a la mediación, debido a la carga procesal existente, y con la finalidad de resolver de una mejor manera los diferentes conflictos presentados.

¹⁴ Elena I. Highton, Mediación Para Resolver Conflictos, pag.101.

Dentro del Art. 238 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el segundo inciso, se establece que "... el organismo sustanciador procurará la conciliación de las partes, si la naturaleza del asunto lo permite, de conformidad con la ley. Así mismo, puede remitir el caso a un centro especializado de mediación

Es así que la ley permite que los casos sean conocidos por un centro de mediación, o puede que el Juez trate de que las partes lleguen a un acuerdo, por lo que la audiencia de conciliación dentro de algunos procesos cuyos asuntos son mediables, es semejante a la audiencia dentro de la mediación, ya que un tercero trata de que las partes formulen el acuerdo.

III. El rol del mediador dentro de la mediación.

Dentro de la mediación el rol del mediador¹⁵, está orientado a:

1. Facilitar la comunicación entre las partes.
2. Aliviar la carga emocional.
3. Estimular la salida de posiciones rígidas.
4. Mostrar lo manifiesto del conflicto y mirar más allá.
5. Invitar al cambio de roles, entre las partes.

El tercero llamado mediador, es aquel neutral que trata de que las partes lleguen a la auto composición, en donde las partes son quienes, dan su propia solución al conflicto, el tercero como es neutral es una vía de comunicación para que los contendientes tengan un mayor acercamiento y sean ellos quienes construyan el acuerdo.

IV. El rol del abogado dentro de los juicios de la niñez que han sido derivados a los Centros de mediación.

¹⁵ G.S Álvarez, E.I. Highton, Mediación y Justicia, Editorial Desalma, pag., 134, 1996.

El abogado desempeña un papel importante para el cliente en la elección del medio adecuado para resolver el conflicto. El juicio no siempre es la resolución del conflicto, es posible que el conflicto se solucione rápido con una conversación.

En las diferentes Universidades dentro de las Facultades de Jurisprudencia, a muchos de los estudiantes de derecho, se nos enseña a ser abogados litigantes y no solucionadores de conflictos, muchas veces dentro de un juicio lo que el abogado busca es tardar más el juicio para cobrar más y no ver una solución pronta y eficaz.

Es necesario que los abogados, en el caso de que el Juez del Juzgado de la Niñez a derivado el caso a mediación, no tenga la predisposición de que van a defender una determinada posición como si estuvieran dentro de un juicio, ya que el “...éxito de la negociación depende, en cambio, de las decisiones basadas en la cooperación y la integración, más que en las alternativas que imponen rígidamente una elección en determinado sentido...”¹⁶

Por lo que la importancia radica en que el abogado debe informar cuales son los procedimientos y efectos de la mediación, la duración y su costo, y en que consiste la confidencialidad, cual es la naturaleza del acuerdo de mediación y como se logra. Además de velar porque el acuerdo firmado este ajustado a derecho, y que en lo posterior se cumpla.

Capítulo IV.

“La mediación como alternativa en la niñez y adolescencia”

I. Los niños, niñas y adolescentes, frente a los juicios planteados en la niñez y adolescencia.

¹⁶ Coleiro Pedro, Mediación obligatoria y audiencia Preliminar, Editorial Rubinzal, Pág, 14. 2001

Partiendo de la teoría del conflicto, como se hablo en páginas anteriores, siempre frente a ello hay una solución, siendo el diálogo la mejor forma de resolver los conflictos. Cuando los padres, parejas, o familiares, rompen todo tipo de relación, generan preocupación en los niños, más aún cuando se procede judicialmente, el niño, niña o adolescente que se encuentra dentro del trámite, le generan una inestabilidad emocional, sobre todo cuando el niño, niña o adolescente va a ser escuchado en audiencia reservada frente al juez, siempre se encuentran en una predisposición, ya que tanto la una y la otra parte se encuentran vinculados afectivamente con el niño, niña o adolescente, y en este caso las partes se encuentran en pugna, más no con la intención de dialogar, hay que tomar en consideración que los niños deben ser escuchados, porque incluso ellos pueden dar una mejor solución.

La mediación al ser un medio alternativo de solución de conflictos, y si el caso a sido derivado a mediación, o las partes la han solicitado, es necesario que los padres o familiares escuchen la voluntad del niño, niña o adolescente, “la dificultad es que llevamos estas situaciones en que se privilegia nuestra voluntad respecto del niño a todos los aspectos de nuestra relación con él”¹⁷., es así que vemos primero nuestro propio interés y satisfacción antes que la opinión o que es lo que quiere el niño, y de ahí creamos una ruptura que en vez de mejorar la relación con los niños la rompe completamente.

Cuando las partes asisten a la mediación y se ponen de acuerdo, y se termina el proceso, las partes entienden mejor que el diálogo es la mejor solución, sobre todo porque fueron ellos quienes crearon y construyeron el acuerdo en base a las necesidades de los niños, y no fue impuesta por el juez, por lo que es de más fácil cumplimiento y permite que las partes mejoren su relación en beneficio del niño, niña o adolescente.

Cuando las partes no llegan a un acuerdo dentro de la audiencia de mediación y continúan con el trámite dentro del juzgado, simplemente, la relación termina por destruirse y deteriorarse, ya que cada quien tendrá su posición y tratará de defenderla, ya sea con pruebas, informes sociales, médicos, etc., que terminan por destruir al niño,

¹⁷Ortember, Osvaldo. Mediación Familiar. Editorial Biblos, pag, 177. 1996.

niña o adolescente emocionalmente, y creará una inseguridad, e inestabilidad, por lo que el conflicto no acabará así s el Juez dicte su resolución final.

II. Aspectos que hay que tomar en consideración dentro de los acuerdos.

1. Los acuerdos que se firman no puede contradecir a la normativa vigente, peor aún alterar el orden público.
2. El acuerdo debe ser firmada por las partes y el mediador.
3. El acuerdo al ser voluntario, con la sola firma de las partes se vuelve firme.

III. Los Centros de mediación.

Los Centros de mediación deben de estar bien estructurados, y sobre todo deben de tener una formación que permita a la gente informarse de los beneficios de la mediación como alternativa a la solución de conflictos. Por ello es necesario que los mediadores tomen en cuenta lo siguiente:

1. No negociar con base en las posiciones, el mediador debe procurar que las partes lleguen a un acercamiento más no que las partes traten de mantenerse en su posición y aún más la vuelvan firme.
2. Separar a las personas del problema; “el conflicto no está en la realidad objetiva, sino en la mente de las personas y que las diferencias se producen o existen, porque han sido creadas intelectual o emocionalmente por los individuos, mientras que la realidad objetiva, siendo una sola y válida para las dos partes, está fuera de la individualidad, como un hecho externo y ajeno a cada persona”.¹⁸ Lo que se trata es que las partes vean más allá que su pensamiento, es decir que no vean lo que ellos mismos crearon y que analicen la situación de

¹⁸ Pozo, Teodoro. “Resolución alternativa de conflictos”, Editorial UDA, pag, 115, 2000

la otra persona, ponerse en el lugar del otro ayuda a comprender los intereses de la otra persona.

3. Inventar opciones que beneficien a ambas partes.- es necesario que las partes que se encuentran dentro del proceso, sea quienes den las posibles soluciones, es necesario que las partes aporten con su creatividad. Los padres o los familiares, serán quienes mediante la reflexión deberán encontrar un acuerdo que beneficie al niño, niña o adolescente.

Conclusiones.

1. El presente trabajo ha permitido tener una mejor valoración de los Medios alternativos de solución de conflictos, como una alternativa a interponer un juicio.
2. Es necesario que las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, se involucren más en los temas de mediación y conciliación, ya que las mismas están llamadas a procurar la mediación entre las partes que se hayan en disputa.
3. Es necesario según el análisis que he hecho que el Centro de Mediación de la Función Judicial, se perfeccione más en el manejo de la mediación, debido a que no siempre se resuelven los conflictos en una sola audiencia, por lo que a veces es necesario realizar otra, sin embargo muchas veces los casos que son derivados del Juzgado de la Niñez y Adolescencia, si falla la primera audiencia no se vuelve a intentar otra audiencia para una posible solución, y por lo tanto nuevamente el proceso se va al Juzgado de la Niñez y Adolescencia, impidiendo un posible acuerdo.
4. Es necesario ampliar el campo de acción de los Medios Alternativos de Solución de conflictos, por lo que como recomendación plantearía que antes que el Juez conozca de un demanda ya sea de alimentos, visitas,

tenencia, primero pase por los Centros de mediación, y si en verdad no hubo la posibilidad de mediar, con el acta de imposibilidad de mediar se acuda al Juzgado de la Niñez, esto puede agilizar los procesos y sobre todo que se descongestione la administración de justicia.

Bibliografía.

Ley de Arbitraje y Mediación.

Código de la Niñez y Adolescencia.

“Barreras al diálogo y al consenso” Zalles, Jorge.

Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas. Suares, Marines.

Derechos de la Niñez y Adolescencia. Alban Escobar Fernando.

Un modelo de resolución alternativa de conflictos para niños, niñas y adolescentes.
Sánchez, Franco.

Resolución alternativa de conflictos. Pozo, Teodoro.

Mediación para resolver conflictos. Elena I. Highton.

Mediación y Justicia. G.S. Alvarez, EI. Highton

Mediación obligatoria y audiencia preliminar. Coleiro Pedro.

Mediación Familiar. Ortember, Osvaldo.