

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La mediación como una alternativa para el divorcio consensual, en el sistema legal del Ecuador, su factibilidad y beneficios


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada

Autor:

Michelle Vanessa Anguisaca Sinchi

Director:

Marco Antonio Machado Clavijo

ORCID:  0000-0002-2603-8993

Cuenca, Ecuador

2024-02-29

Resumen

El presente trabajo de investigación, está dirigido a un análisis de si la mediación como un método alternativo de conflictos en procesos de divorcio por mutuo consentimiento resulta o no factible en el contexto legal ecuatoriano, además de la propuesta de una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación para que se realice una implementación de un catálogo de asuntos que podrían ser o no transigibles en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el que expandiría los asuntos y limitaría otros que puedan ser revisados por el método extrajudicial llamado mediación. El objetivo fundamental de la investigación es identificar si el divorcio de mutuo acuerdo, que es uno de los tipos de divorcio reconocidos en Ecuador, puede o no ser tramitado en mediación. A modo de conclusión, se identifica si es o no factible que el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento a través de la mediación es un vía idónea y aplicable para dar por terminado el vínculo matrimonial.

Palabras clave: mediación familiar, desintegración familiar, problema social



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

This research work is aimed at analyzing whether or not mediation as an alternative dispute resolution method in divorce proceedings by mutual consent is feasible in the Ecuadorian legal context, in addition to the proposal of a reform to the Arbitration and Mediation Law to implement a catalog of matters that may or may not be negotiable in the Ecuadorian legal system, which would expand the matters and limit others that can be reviewed by the extrajudicial method called mediation. The main objective of the research is to identify whether or not divorce by mutual consent, which is one of the types of divorce recognized in Ecuador, can be processed in mediation. By way of conclusion, it is identified whether or not it is feasible that the procedure of divorce by mutual consent through mediation is a suitable and applicable way to terminate the marriage bond.

Key words: family mediation, family disintegration, social problem, social problem



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Resumen	2
Abstract	3
Dedicatoria.....	6
Agradecimientos	7
Introducción	8
CAPÍTULO 1.....	10
DIVORCIO.....	10
1. Divorcio. – Generalidades	10
1.1. Definición. – Marco teórico y normativo	10
1.2. Divorcio por mutuo consentimiento.....	11
1.2.1. Definición.....	11
1.3. Divorcio por mutuo consentimiento en la legislación ecuatoriana.....	12
1.3.1. Procedimiento vía judicial.....	12
1.3.2. Procedimiento vía notarial	13
1.4. Clases de Divorcio en Ecuador	15
1.4.1. Divorcio Contencioso.....	16
1.4.2. Divorcio Consensual	16
CAPITULO 2.....	18
MEDIACIÓN.....	18
2. Mediación.....	18
2.1. Definiciones	18
2.2. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el sistema legal ecuatoriano	20
2.3. El Procedimiento de la Mediación.....	21
2.3. Principios de la mediación.....	22
2.3.1. Voluntariedad.....	22
2.3.2. Confidencialidad.....	23
2.3.4. Neutralidad.....	23
2.3.5. Flexibilidad.....	24
2.3.6. Imparcialidad	24
2.3.7. Equidad	25

UCUENCA

	5
2.3.8. Legalidad	25
2.3.9. Honestidad.....	26
2.4. Acta de mediación	27
3. Mediación Familiar. – Definiciones	30
3.1. Desjudicialización del divorcio	31
3.2. Estado civil y la mediación.....	34
3.4. Beneficios de mediación en divorcios consensuales.....	40
3.5. Factibilidad de la mediación en divorcio por mutuo consentimiento.....	41
3.6. Propuesta de reforma.....	42
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	44
4.1. CONCLUSIONES	44
4.2. RECOMENDACIONES.....	45

Dedicatoria

“El trabajo duro siempre tiene recompensa”

- **Yeonjun**

A Dios, mi familia y a mí misma. Por el incansable esfuerzo y dedicación al que me sometí por culminar mi carrera universitaria, me la dedico a mí, por todas las lágrimas que derramé y todas las emociones que plasme, dedico mi tesis a la niña que soñó algún día con ser Abogada y lo consiguió.

Agradecimientos

A Dios, por permitirme estar donde estoy hoy en día. Por mantenerme fuerte y con la convicción necesaria para verme conseguir mi mayor sueño, por ser la luz en mi oscuridad.

A mis padres, Miguel y Sonia. Por ser las primeras personas en sentirse orgullosas de mis triunfos y mantenerse fuertes por mí, son mi fuente de inspiración y gracias a quienes he podido llegar a culminar uno de muchos sueños, sin quienes no habría podido continuar con las distintas adversidades que se han presentado a lo largo de mi carrera, les dedico estas pequeñas palabras a falta de espacio para más.

A mis hermanos, Verónica, Matías, Anette y Rick. Por sus constantes apoyos y ánimos en este largo proceso de preparación. No existen los des-hermanos.

A mis amigas, Gaby, Silvana. Quienes han alegrado todos mis años universitarios, con quienes las risas no han faltado y han sacado la mejor versión de mí.

A Pame, mi mejor amiga, porque has estado para mí en las buenas y en las malas y has sido parte de mi largo proceso, gracias por todo el apoyo y amor incondicional que me has ofrecido sin esperar nada a cambio, siempre estaré agradecida.

A Lisan, mi confidente. Por ser un apoyo incondicional para mí en estos últimos años, por estar siempre por y para mí cuando más lo necesitaba.

Y a mis amores incondicionales, Infinite, Tomorrow x together y Greicy, quienes con su música y compañía sanaron mi corazón en tiempos difíciles.

Introducción

En Ecuador, los divorcios han aumentado considerablemente en relación a los últimos años, registrando un 9,4% entre los años 2021 y 2022 al pasar de 22.488 a 24.595 casos de divorcio y de los cuales la principal causa de divorcio fue por mutuo consentimiento tramitados en vía judicial seguido por vía notarial, con 9.796 y 8.639 registros respectivamente.¹ El proyecto de investigación se centra en abordar y evaluar la factibilidad y los posibles beneficios de la mediación en el divorcio por consentimiento mutuo en el marco legal del Ecuador, se propone arrojar una luz sobre la mejora de este proceso legal, para promover soluciones más satisfactorias y menos conflictivas enfocadas en parejas que deciden terminar su matrimonio.

La alternativa de mediación como un método de solución de conflicto en síntesis surge en un contexto donde la mediación se presenta como una posible estrategia para la resolución de conflictos en la que impera la voluntariedad de las partes involucradas, la cual podría ofrecer ventajas sustanciales en términos de eficiencia, reducción de costos y preservación de las relaciones familiares.

Esta investigación estudia a la mediación como un método extrajudicial y materia de derecho que ha sido ampliamente utilizada por la población ecuatoriana, debido a la celeridad con la que pueden resolverse los problemas si son tramitados a través de la mediación.

En el contexto actual ecuatoriano, la mediación no es una de las formas para poner fin el vínculo del matrimonio, es por ello que surge la necesidad de exponer la posibilidad de implementar en el sistema legal ecuatoriano una reforma en la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Civil en su parte pertinente, así como también la creación de un catálogo con los asuntos y materias que podrían ser transigibles dentro de la mediación, esto colaboraría y generaría un cambio positivo en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento.

En la investigación se aborda específicamente el desafío que impone un impedimento legal: la falta de transigibilidad del estado civil. Este obstáculo legal plantea la necesidad de reformas en la legislación pertinente para permitir la inclusión del divorcio y el estado civil como materias susceptibles de mediación.

¹ Datos publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

La propuesta inicial de esta investigación es la de buscar explorar a fondo la posibilidad de integrar la mediación como un método eficiente para disolver vínculos matrimoniales, enfatizando los beneficios que esta alternativa puede ofrecer en comparación con los procesos tradicionales. Sin embargo, se anticipa que, a lo largo de la investigación, se identificarán desafíos y problemáticas asociadas con la aplicación de la mediación en casos del divorcio.

Se busca analizar críticamente la necesidad de reformas legales, considerando tanto las implicaciones sociales como jurídicas de incorporar la mediación como un mecanismo eficaz para disolver el vínculo matrimonial en Ecuador.

A través de un examen exhaustivo, se espera aportar conocimientos significativos que puedan respaldar futuras decisiones legislativas y que puedan promover una justicia más accesible a las necesidades cambiantes de la sociedad ecuatoriana en materia de resolución de conflictos en el ámbito familiar.

CAPÍTULO 1 DIVORCIO

1. Divorcio. – Generalidades

1.1. Definición. – Marco teórico y normativo

Para PLANIOL: “La palabra divorcio proviene del latín *divertere*. Dicho término entraña que cada cual se va por su lado, divergen sus caminos. Quienes tenían vida en común, cambian su ruta. Originalmente iban juntos.” (Planiol, 1946).

De acuerdo a Cabanellas, “Divorcio proviene de la palabra en latín *divortium*, que significa separar, lo que implica que una vez consumado produce la terminación del vínculo matrimonial” (Cabanellas, 2006).

Gramaticalmente, la palabra divorcio se concibe como:

La forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas posteriores a su celebración y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. “De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento.” (UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Diccionario Jurídico Mexicano, 1989).

El divorcio doctrinalmente ha sido concebido como aquella institución jurídica que rige una de las formas de disolver el matrimonio.

Su naturaleza normativa está intrínsecamente relacionada con la aceptación y regulación que cada sistema legal tenga en torno al matrimonio. En tal efecto, en el contexto del sistema legal ecuatoriano, la manera en que se disuelve un matrimonio ha experimentado múltiples modificaciones con el propósito de adaptar su procedimiento a las demandas actuales de la sociedad y asegurar un proceso judicial efectivo y adecuado.

El Código Civil ecuatoriano establece que, entre las modalidades disponibles para poner fin al vínculo matrimonial, se encuentran el divorcio contencioso y el divorcio por mutuo consentimiento. El primero se caracteriza por ser un procedimiento legal en el que uno de los cónyuges presenta una demanda contra el otro, siempre que se cumplan cualquiera de las causales previstas en la legislación.

Así mismo, en torno al proceso de divorcio y en relación con el artículo 115 del Código Civil, se exige como paso previo la resolución de todas las cuestiones que estén relacionadas con la situación socioeconómica, visitas, custodia y patria potestad de los hijos dependientes o menores de edad. Esto garantiza que se aborden de manera adecuada los aspectos más sensibles y fundamentales de la disolución del matrimonio. Y una vez que se ha tramitado el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, ya sea mediante una sentencia judicial o un acta notarial, es imperativo que dichos documentos sean inscritos en el Registro Civil. Esta inscripción es crucial, ya que confiere validez legal a la disolución matrimonial y permite que los efectos del divorcio se hagan efectivos.

Es importante aclarar la dimensión contractual del matrimonio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el que se da mediante un acto jurídico solemne que implica la voluntad de dos personas; y el cual podrá ser disuelto por dos vías: una es el divorcio por mutuo consentimiento y la otra es el divorcio por causales o conocido como divorcio consensual; sin embargo para efectos de este trabajo de investigación, se hará referencia de forma detallada al divorcio por mutuo consentimiento, su procedimiento y características.

1.2. Divorcio por mutuo consentimiento

1.2.1. Definición

El divorcio consensual o de mutuo consentimiento, es aquel en el cual es imperativa la voluntad de los cónyuges para llevarse a cabo, para lo cual no es necesario que se invoque ninguna de las causales del ordenamiento jurídico para tal efecto, este tipo de divorcio se encuentra estipulado en el artículo 107 del Código Civil, de la siguiente manera: "... por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse...".

De modo que deberá entenderse que "por mutuo consentimiento" significa que ambos cónyuges coinciden en poner fin al vínculo matrimonial, lo que se conoce generalmente como divorcio.

De acuerdo a la definición proporcionada por el Dr. José García Falconí, al divorcio por mutuo consentimiento se lo define como: "La voluntad libre y espontánea de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, es una terminación de forma amistosa sin conflictos, evitando todo tipo de escándalos que repercuten en la estabilidad muchas veces de los hijos." (García Falconí, 1997, p. 130).

Al ser un acuerdo de voluntades de las partes, es completamente distinto a la figura del divorcio contencioso, en el cual existe un conflicto entre los cónyuges o se encierra dentro de

una de las causales por las cuales se puede accionar esta figura y por el cual se busca poner fin al vínculo matrimonial. Podría entenderse entonces que en los divorcios por mutuo consentimiento radica la autonomía de la voluntad entre los cónyuges, lo que bastaría para poner fin al vínculo del matrimonio, así lo establece Farith Simon (2020), en su Manual de Derecho de Familia:

La tendencia actual es [considerar al matrimonio] en una doble dimensión matrimonio-acto y, matrimonio institución. En la primera se busca poner énfasis en su configuración [y terminación]; en la segunda, en las consecuencias jurídicas que se derivan de su celebración, las que se encuentran mayoritariamente sustraídas a la voluntad de los contrayentes. (p. 68)

Es de ese modo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten que el acuerdo de las voluntades de las partes sea una de las formas para disolver el matrimonio pues se concibe al divorcio por mutuo consentimiento como un trámite que agiliza la terminación del vínculo matrimonial, respetando y dando un papel de importancia a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y permitir el libre desarrollo de la misma.

1.3. Divorcio por mutuo consentimiento en la legislación ecuatoriana

1.3.1. Procedimiento vía judicial

El divorcio por mutuo consentimiento de acuerdo lo señala el Código Orgánico General de Procesos podrá tramitarse por vía judicial cuando existan hijos dependientes o menores de edad sobre los cuales no se haya resuelto previamente la situación socioeconómica, tenencia y visitas de los mismos y así mismo el código establece que podrá tramitarse el divorcio por mutuo consentimiento única y exclusivamente por vía notarial en el supuesto de que no existan hijos dependientes o cuando las circunstancias mencionadas anteriormente hayan sido resueltas.

En tal virtud, para dar inicio al proceso por vía judicial de divorcio por mutuo consentimiento, la misma inicia con la presentación de una solicitud y/o demanda en el domicilio de cualquiera de los cónyuges ante el juez competente, posteriormente el Código Orgánico General de procesos, COGEP especifica que el proceso a seguir será el voluntario, donde el juez evaluará la solicitud y procederá a calificar la misma, posteriormente se procederá con la citación a las personas interesadas.

Es de importancia señalar que, aunque se trate de un procedimiento voluntario por vía judicial no se requerirá la citación a los cónyuges, esto en razón de la naturaleza misma del divorcio consensual en el que impera la voluntariedad de las partes, entendiéndose de tal manera que se trata de una comparecencia conjunta, en virtud de lo cual únicamente se notifica a ambos cónyuges y a un curador para que comparezcan el día de la audiencia. La presencia del curador es fundamental en este tipo de procesos, pues estos son los llamados a asumir la defensa de los intereses de los hijos dependientes o menores de edad.

La audiencia deberá llevarse a cabo en un término no menor a diez días ni mayor a veinte y en esta audiencia se resolverá las situaciones relativas a los hijos dependientes o menores de edad respecto de los alimentos, tenencia y visitas, si durante el desarrollo de la audiencia no existe un acuerdo sobre las circunstancias anteriores el proceso se transformará en un procedimiento sumario².

Teniendo en consideración que, si el proceso se convierte en sumario el tiempo para que se lleve a cabo la disolución del vínculo matrimonial aumentan en relación con el procedimiento voluntario, llegando a causar que la sustanciación del divorcio pueda durar hasta 3 meses, esto suponiendo que la carga procesal de los juzgados no se encuentre obstruida por la gran cantidad de procesos que se estén llevando a cabo, saliéndose de lo que se buscan en un principio que es un proceso rápido y sin dilaciones.

1.3.2. Procedimiento vía notarial

En Ecuador, la atribución notarial que contempla el divorcio por mutuo consentimiento en el sistema jurídico ha tenido 3 distintas etapas plenamente diferenciadas.

Primera etapa. – Atribución compartida

Esta primera etapa involucró una atribución compartida que surgió en el año 2005, cuando el legislador decidió ampliar la atribución que hasta entonces era exclusiva de los jueces civiles, otorgando a los notarios la facultad de intervenir en procesos de divorcio por mutuo consentimiento, dicha disposición se fundamentó en la premisa de que, en caso de no existir hijos menores de edad o dependientes, se podía delegar esta función a los notarios.

De esta manera, Ecuador se convirtió en uno de los pioneros en América Latina al otorgar atribuciones para el divorcio consensual a los notarios. La tramitación del divorcio por mutuo

² Artículo 336 del Código Orgánico General de Procesos.

acuerdo estaba contemplado en los Artículos 106 y 107 del Código Civil, el que tenía una duración de 2 meses un día.

Segunda Etapa. – Atribución exclusiva de los notarios SIN hijos menores o dependientes; la misma se originó con la entrada en vigencia del Código Orgánico General del Procesos en el año 2015. En el cuerpo normativo mencionado se atribuyó a los notarios el poder tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en caso de inexistencia a hijos menores de edad o dependientes.

Sin embargo, en ese momento no se modificaron los plazos para llevar a cabo este proceso. Mientras que los divorcios por mutuo consentimiento que involucraban hijos menores o dependientes en vía judicial se tramitaban entre 11 a 20 días, es por ello que, en respuesta a aquello, el legislador modificó los plazos a través de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, reduciendo el lapso necesario para tramitar el divorcio por mutuo acuerdo por vía notarial, estableciendo un mínimo de 2 a 10 días.

Tercera Etapa. – Atribución exclusiva de divorcio CON hijos menores no dependientes

En el año 2019 surgió una última etapa con una disposición reformativa tercera No, 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517³, fue una reforma al Art 18 numeral 22 de la Ley Notarial en que se otorgó a los notarios, además de las atribuciones previas, la atribución de tramitar el divorcio por mutuo consentimiento con hijos menores o dependientes siempre que las cuestiones respecto de tenencia, alimentos y visitas se encuentren previamente resueltas por acta de mediación o por resolución judicial dictada por un juez competente.

En tal virtud, Ecuador conjuntamente con los países de Cuba, Perú y Colombia son los países pioneros en la tramitación del divorcio por vía notarial con hijos dependientes o menores. Esta reforma hizo más que facultar al notario para tramitar divorcios por mutuo consentimiento con hijos, sino que al haberse sustituido el numeral en mención se eliminó sea consciente o inconscientemente el tiempo para convocar a la audiencia de conciliación, entendiéndose que el divorcio que se llevaba a cabo de entre 2 a 10 días se le llegue a realizar en ese mismo momento o día.

La reforma y las atribuciones otorgadas al notario para llevar a cabo el divorcio por mutuo consentimiento se pueden observar en las legislaciones de Ecuador, Perú y Cuba. Estas disposiciones podrían servir como referencia para otras legislaciones que busquen implementar el divorcio notarial en casos en lo que se involucren hijos menores de edad o

³ Disposición Reformatoria Tercera, Suplemento Registro Oficial No 517

dependientes. La experiencia acumulada en las mencionadas jurisdicciones podría ser de utilidad para la eventual adopción de este procedimiento en otras áreas legales, proporcionando un marco para la gestión eficiente y efectiva de divorcios consensuales en situaciones que incluyen la presencia de hijos.

Una vez habiéndose realizado un pequeño recuento de las etapas por las que se ha visto involucrado el proceso evolutivo para que sea posible la atribución conferida a los notarios para disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, la tramitación del acto se encuentra prevista en el artículo 18 numeral 22 de la Ley notarial (1966) y se realiza de la siguiente manera:

- Ambos cónyuges deben manifestar, a través de una petición, bajo juramento su voluntad de que se disuelva la relación matrimonial; los que deberán contar con el patrocinio de un abogado en libre ejercicio.
- Las partes deberán comparecer ante el Notario a reconocer sus firmas y rubricas. En este acto se elige una fecha y hora de la audiencia en la cual los cónyuges deberán ratificar su voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial.
- El Notario suscribe el acta correspondiente en la diligencia.
- Se procede a declarar disuelto el vínculo matrimonial, documento que deberá ser protocolizado.
- El notario entrega a los cónyuges las copias certificadas y estas copias deberán ser llevadas al Registro Civil para su correspondiente marginación.

Como se aprecia, aun en este tipo de procedimiento, en donde los plazos oscilan de entre 10 a 20 días para tramitar el divorcio por mutuo acuerdo, son plazos largos, extensos, para la resolución de un asunto en el que no existe Litis, una controversia.

Esto además de que genera una carga tanto para los órganos jurisdiccionales como para los notarios, sin llegar a mencionar el gasto económico al que deben verse inmersas las partes al necesitar el patrocinio de abogados.

1.4. Clases de Divorcio en Ecuador

En Ecuador existen 2 clases de divorcio, el divorcio consensual y el divorcio contencioso; sin embargo, se hará un análisis más detallado del divorcio consensual puesto que sobre él es que versa el presente trabajo de investigación.

1.4.1. Divorcio Contencioso

El divorcio contencioso es una de las clases reconocidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; este divorcio es aquel que es solicitado por uno de los cónyuges, sin el consentimiento o en contra de la voluntad del otro cónyuge.

Para que pueda solicitarse este tipo de divorcio es necesario que exista una causa específica que lo justifique, es decir, encontrarse sujeto a las diferentes causales para que el mismo se perfeccione, mismas que se encuentran determinadas taxativamente en el Código Civil ecuatoriano vigente⁴. Este divorcio se sustancia de la forma en la que prevé el Art 117 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP. (2015, p. 29). La demanda se presenta ante el juez de la unidad de familia y la tramitación es un procedimiento sumario.

1.4.2. Divorcio Consensual

Este divorcio es aquel en el que se decide de mutuo acuerdo entre las partes, sin la necesidad de la existencia de una causa específica para justificarlo. Este tipo de divorcio tiene su sustento en la existencia del consentimiento, es decir, que impere la voluntad de ambos cónyuges para dar finalizado el vínculo matrimonial que los une, también se caracteriza porque en dicho procedimiento voluntario no existe conflicto alguno entre las partes.

En esa misma línea, Delmas y Labruss (2003) describen el divorcio por mutuo consentimiento:

como una oportunidad de que los esposos acuerden cuestiones relacionadas, incluso con los intereses de la sociedad y de tipo familiar, sin que exista ningún tipo de aspavientos o escándalos, de manera que, es una vía, que estimula el acuerdo acerca de las controversias que lo dividen, hasta lograr el apaciguamiento de los problemas de naturaleza conyugal. (p. 57)

El divorcio consensual se muestra regulado en el artículo 334 Código Orgánico General de Procesos⁵ el cual debe tramitarse por un procedimiento de carácter voluntario; el divorcio por mutuo acuerdo es un acto libre y voluntario en el que ambos cónyuges deciden terminar el vínculo del matrimonio de forma amistosa sin conflictos.

⁴ Arte. 110 del Código Civil ecuatoriano. Pagina 26, 2005.

⁵ Art. 334 del Código Orgánico General de Proceso

Es de importancia resaltar que este tipo de divorcio puede ser tramitado ante el juez o ante notario. La modalidad de cómo se lleva a cabo este proceso de divorcio ya ha sido descrita anteriormente.

CAPITULO 2

MEDIACIÓN

2. Mediación

2.1. Definiciones

En la actualidad, todos los ámbitos de la vida están llenos de conflictos, incluyendo aquellos que generan efectos de carácter legal, los cuales se ven reflejados en las distintas ramas del derecho; estos conflictos pueden llegar a tener un impacto significativo en la vida de las personas; por lo que la mediación juega un rol fundamental como una herramienta alternativa a la vía judicial, la cual busca promover la comunicación, comprensión mutua y la búsqueda de soluciones consensuales, evitando de este modo el desgaste tanto emocional como económico que pueden tener las personas que se ven envueltas en dichos conflictos.

En Ecuador, los métodos alternativos para la solución de conflictos juegan con un rol fundamental; así lo expone Terán (2017) al considerarlos como aquellos mecanismos distintos a los procedimientos formales, que tienen como fin el de finalizar una controversia mediante acuerdos entre las partes bajo un entorno de paz y respeto.

Es entonces que, en Ecuador, el artículo 190 de la Constitución de la República (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) consagra tanto el arbitraje y la mediación como vías alternativas dirigidas a solucionar conflictos, los cuales deben aplicarse apegados a la ley.

Es imperativo denotar que la mediación se trata de una vía extrajudicial para resolver los conflictos que se puedan suscitar entre las personas, sean estas naturales o jurídicas, dicho por Soleto (2011) para evitar la intervención estatal coactiva y que la misma constituye un proceso que goce de celeridad. Este método será un procedimiento en el que los conflictos sean resueltos con ayuda de un tercero que es neutral, el mediador, quien mediante un dialogo e interacciones pacíficas suscita en las partes la búsqueda de una posible solución.

En tal sentido, Moore (1995) considera que la mediación se relaciona con la negociación, en la que debe intervenir un tercer experto en ese proceso para facilitar la coordinación de los recursos necesarios con el fin de ayudar a las personas a resolver sus conflictos. Por lo tanto, esta figura se percibe como una alternativa innovadora, pues aporta una novedosa dinámica para que las partes lo resuelvan en forma de negociación asistida.

Por otro lado, Sander (2009), expone a la mediación como una vía para la solución alternativa de conflictos como un mecanismo donde las partes puedan resolver ciertas diferencias de un modo pacífico. El autor considera que este método es una nueva y novedosa forma de justicia

que se caracteriza por la flexibilidad y resulta ser diferente a la rigidez de los procesos que conocen y resuelven los órganos judiciales.

Así mismo, Castillo citado por Duran, Égüez, Arandi, y Yanca (2020). Ofrece un concepto de mediación que se sustenta en que es una opción del tipo voluntario y no obligatorio al permitir que sean las partes quienes decidan acudir o no a ello. Además de tratarse de una vía que se caracteriza por su confidencialidad, y también se considera sencilla, ágil y económica para poder resolver conflictos o controversias de cualquier naturaleza con la ayuda de un tercero neutral, que es el mediador, quien mediante el dialogo busca un acuerdo sobre el conflicto.

De igual forma, respecto a lo que ha sido expuesto con anterioridad, Folberg y Taylor (2000) atribuyen a la mediación la característica de ser un proceso en el cual la toma de decisiones por parte de las personas involucradas constituye el elemento central para resolver cualquier conflicto que tenga un impacto directo y afecte su vida y sus intereses. En su perspectiva, la mediación no implica presión para las partes, sino que proporciona la realizar un análisis independiente y con ello llegar a acuerdos de manera amigable, procurando la mejor solución para las partes.

Otra autora que define a la mediación es Rozemblum (2007) sostiene que la mediación es una herramienta para esclarecer la verdad en torno a un conflicto específico. En su perspectiva, este enfoque busca alcanzar la finalización de un proceso, donde las partes puedan reconciliarse y recuperar los vínculos de familiaridad, amistad u otros durante el curso de la mediación. Según la autora en el contexto de la mediación se han logrado establecer y mejorar relaciones de ex pareja que estaban deterioradas. Entonces, la mediación, para esta autora, representa un espacio de dialogo en el cual las partes pueden expresar sus sentimientos e intereses y abordar distintas cuestiones con la esperanza de encontrar soluciones.

Estas definiciones tienen varios factores en común que pueden ser apreciados a continuación:

- Buscar resolver un conflicto suscitado entre las partes.
- La presencia de un tercero imparcial, llamado mediador.
- La materia debe ser, en esencial, transigible.
- Debe existir un acuerdo voluntario de solucionar el conflicto.
- Es de carácter extrajudicial.

En conclusión, la mediación se ha definido como un medio adecuado para resolver conflictos que surgen en cualquier ámbito del derecho, siempre que los mismos versen sobre materias transigibles, para que de ese modo el mediador pueda intervenir de forma neutral y poder promover el dialogo entre las partes involucradas permitiendo que el conflicto de intereses que se ha suscitado pueda ser resuelto de forma amigable, que además de reducir costos y tiempos, resolvería el problema equitativamente, entre otros.

2.2. La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el sistema legal ecuatoriano

La mediación ha sido reconocida en Ecuador en la Constitución de la Republica en su artículo 190, como un método alternativo para la solución de conflictos y se especifica que dicho método deberá ser aplicado con sujeción a la ley, en materia transigible.⁶ De igual forma la Ley de Arbitraje y Mediación (2019) define a dicho proceso de la siguiente forma:

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

Es importante mencionar que la mediación tiene lo que podría considerarse como una característica especial y distintiva respecto a la regulación que otros ordenamientos jurídicos tienen respecto a este método alternativo para solucionar conflictos; pues tanto el art 38 del Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial como el art 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación establecen que el acta de mediación tiene los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada; y por lo mismo, para que opere la ejecución de la misma deberán ser aplicadas las mismas normas de procedimiento que son aplicadas para una sentencia judicial.⁷

Este método alternativo de solución de conflictos, mediación, puede ser solicitado de forma expresa por las partes de un conflicto. En Ecuador existen varios supuestos por los cuales la mediación puede proceder; así como también ocasiones en la que los jueces sean quienes dispongan de una audiencia de mediación ante cualquiera de los centros autorizados para tal efecto, aquello dependerá, de forma evidente, de la aceptación que las partes expresen sobre un posible acuerdo.

⁶ Artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁷ Artículo 39 del Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial.

Es de importancia hacer mención o recuento que los centros de mediación pueden ser de naturaleza pública o privada; y la Función Judicial tiene su propios Centro de Mediación en el cual pueden ser remitidos todos aquellos procesos en los que las causas y la naturaleza del conflicto sea siempre de materia transigible, caso contrario, no podría efectuarse en dichos centros. Aquello entonces significaría que la mediación se llegaría a vincular con la justicia ordinaria, pues al ser efectuada, descongestionaría el conocimiento de conflictos que antes únicamente los órganos judiciales, es decir, los jueces, conocían. Esto es una muestra de la celeridad, y la contribución que puede llegar a representar la mediación para el sistema judicial ecuatoriano y para la sociedad en general.

En este sentido, es importante que se tenga presente que el mediador está en la obligación de actuar de forma imparcial y dentro de los límites y potestades para promover un acuerdo entre las partes, sin que su intervención provoque algún tipo de presión y/o fuerza para conseguir la solución. Debe entonces tener en claro que las decisiones que se lleguen a tomar en la mediación serían únicamente a los que las partes han decidido de forma confidencial y voluntaria llegar. Esto en virtud del artículo 49 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), el que dispone que quien se desempeñe como un mediador de una determinada controversia, se encuentra inhabilitado para involucrarse en un proceso, donde el conflicto sea objeto de mediación, en una condición de abogado, asesor, testigo de las partes o un apoderado de las mismas.

Continuando con lo concerniente al mediador, Moore (1995), establece que él es quien “legítima y ayuda a todas las partes a reconocer los derechos de otros a participar en las negociaciones” (p. 24). Para este autor el mediador es un facilitador en la mediación.

2.3. El Procedimiento de la Mediación

Tomando en consideración que la mediación es un procedimiento alternativo para la solución de conflictos y que es de carácter extrajudicial, él mismo no cuenta con un procedimiento estricto, es decir, no hace falta contar con precedentes legales para su tramitación; sino que, la mediación es un procedimiento en el que las dos partes tienen que estar de acuerdo sobre un asunto que, a diferencia de la justicia ordinaria, en donde cualquiera de las partes puede acudir ante el juez y ejercer su derecho de proponer una acción a través de una demanda, el artículo 44 de la Ley de Arbitraje y mediación expresamente establece que las partes podrán acudir libremente a cualquiera de los centros de mediación y mediadores independientes que se encuentren debidamente autorizados para tal efecto, siempre que impere entre ellos la voluntad de resolver la controversia.

La forma en la que se lleva a cabo la mediación es la siguiente: en primer lugar tiene que existir un conflicto entre las dos partes, y que una o ambas partes, de forma voluntaria busquen resolver dicho conflicto mediante una mediación; este procedimiento inicia con la solicitud de las partes ante un Centro de Mediación o un mediador independiente autorizado por el Consejo de la judicatura para tal efecto, posteriormente y sin tratarse de un plazo extendido, se hace una invitación a las partes para que se acerquen al Centro de mediación con los documentos habilitantes que sean requeridos para el trámite que estén efectuando, si una de las partes que fue invitada no asiste a la primera convocatoria, ésta es convocada nuevamente y en caso de que en la segunda convocatoria no asista, el mediador deberá extender un acta de imposibilidad de acuerdo; en cuyo caso se deberá acudir ante el órgano jurisdiccional que sea el competente para conocer del conflicto.

La mediación se fundamenta en un principio de la autonomía de la voluntad de las personas, pues consiste en que las partes de forma libre y voluntaria inicien el proceso a fin de solventar el conflicto que se ha suscitado entre ellos; sin que sea necesario la intervención del juez para poder dar solución, y siempre que las partes tengan ya claro que están de acuerdo para dar a conocer sus intereses dentro del procedimiento.

En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, también impera de forma principal la voluntad de los cónyuges de dar por terminado el vínculo del matrimonio, mismo que en relación a la presente suposición puede determinarse como la situación que se está buscando resolver entre ambas partes, pues ambos cónyuges tienen el interés de divorciarse.

2.3. Principios de la mediación

2.3.1. Voluntariedad

Podría señalarse a la voluntariedad como el principio de mayor importancia respecto a la mediación, puesto que la naturaleza misma de la mediación surge de la voluntad de las partes en solucionar un conflicto que ha surgido entre las mismas.

En ese sentido, según Sosa (2017):

la voluntariedad es uno de los principios de la mediación. Constituye un elemento fundamental teniendo en cuenta que las partes deben acudir a este procedimiento por su plena y absoluta voluntad, de ahí su carácter pacífico. Su fin es lograr acuerdos entre las partes.” (p. 347).

La jurisprudencia española (2014) apunta que, sin este elemento, no podrá llegarse a acuerdos. Pues esta voluntariedad tendría que ser libre de cualquier vicio para conseguir un acuerdo válido y eficaz pues en caso contrario se estaría desvirtuando la naturaleza misma de la mediación. (p. 4).

En la mediación como un modo alternativo de solución de conflictos predomina irrefutablemente la autonomía de la voluntad, algo que también se encuentra presente en asuntos como el divorcio por mutuo consentimiento.

2.3.2. Confidencialidad

Otro elemento de vital importancia en la mediación es la confidencialidad, la cual implica para Sosa (2017) la no publicidad del conflicto y de la decisión que se haya tomado. (p. 349). Esta característica de la mediación está contenida en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando hace mención de que quienes participen de la mediación deberán mantener una debida reserva del asunto materia de controversia.

Sin embargo, como en este procedimiento impera la voluntad de las partes, esta confidencialidad puede ser renunciada siempre que las partes que intervienen así lo establezcan, pues este procedimiento implica una confianza de las partes.

Al iniciar una mediación, el mediador debe asegurar a las partes la confidencialidad del proceso para que se pueda crear una zona de “tranquilidad” y que de este modo sientan la facilidad de expresar con más detalle y de mejor forma sus intereses. Si los participantes están seguros de que las ideas expresadas no serán reveladas, es posible que sugieran opciones que no mencionarían si dudaran de la confidencialidad. (Wright, 2014)

2.3.4. Neutralidad

Aquí la figura del mediador es de vital importancia como un tercero que es neutral respecto del asunto que se está tratando en mediación, pues si bien es quien ayuda a que el proceso se lleve de forma amigable y con las debidas reservas; no puede intervenir más allá de lo que la ley le permite hacerlo; actuando de forma equilibrada en condiciones de igualdad a las partes y sin emitir juicios de valor en el asunto materia de mediación; únicamente brinda el apoyo necesario a las partes para que estas lleguen a un acuerdo.

2.3.5. Flexibilidad

Este principio hace referencia a que en el proceso de mediación no hace falta las formalidades que en un proceso judicial son imperativas que se requieran; pues la principal característica de estos procedimientos llevados a cabo en mediación es la gran flexibilidad con la que se dan solución; esto en sintonía a que las partes puedan exponer sus posturas y pueda darse un diálogo que por lo general en el proceso judicial no es posible, haciendo que las personas muchas de las veces no logren comprender la parte central del asunto y por lo mismo, no ser participantes activos de la discusión.

Entonces, este principio puede definirse como aquella facilidad con la que se lleva a cabo la mediación pues su principal objetivo es la pronta y eficaz solución de un problema. De este modo, el autor Fernando León (2007) expone:

La mediación no tiene el carácter de formalista y solo requiere de solemnidades mínimas para su ejecución. Esta característica le permite adecuarse a las circunstancias y a las personas, así, se adapta a todo tipo de conflictos que se generan entre toda clase de personas, lo que le dota ser un procedimiento especial, ágil y oportuno (p. 22)

2.3.6. Imparcialidad

Neuman (2005) expone:

El mediador no debe y no puede inclinarse favor de ninguna de las personas que intervengan en la mediación, aunque en un momento determinado, sobretodo, en casos dificultosos de logarse acuerdo, podría eventualmente sugerir o recomendar propuestas de arreglo o soluciones intermedias que pueden ser aceptadas o rechazadas por las partes, lo que no debe entenderse como favoritismo para alguna de las partes (Neuman, 2005, p. 134).

Al referirnos a la imparcialidad, se aluce al principio fundamental que guía la mediación, destacando la obligación del mediador de ser imparcial. Este principio busca asegurar un equilibrio entre las partes involucradas, permitiendo que cada una pueda expresar sus puntos de vista de forma equitativa. En ese contexto, se buscaría garantizar que ningún derecho

como el de libertad de expresión, sea violado de ninguna manera durante el proceso de mediación.

La imparcialidad del mediador, se erige como un pilar esencial para facilitar un espacio donde todas las partes se sientan escuchadas y respetadas, constituyendo así a la construcción de soluciones consensuadas y justas.

2.3.7. Equidad

Al analizar la equidad como un principio fundamental de la mediación, se hace referencia específicamente a la responsabilidad del mediador hacia las partes involucradas. Este principio establece que cualquier acción o argumento que sea presentado debe ser plenamente comprendido por los participantes, siendo estos participantes activos en la mediación, pues son ellos quienes proponen una solución para que se pueda efectuar la mediación.

La razón de este principio radica en que busca que el mediador explique de forma clara y completa todas las características y el alcance de cada actuación durante la audiencia de mediación, garantizando de este modo una comprensión total por parte de los involucrados. Este enfoque busca que todo el proceso de mediación sea transparente y fácilmente entendible para las partes involucradas.

Respecto de la equidad como un principio de mediación, Echanique expone que:

La equidad constituye la legítima aplicación del derecho y aspiración de la justicia, los mediadores están obligados a emplear la justicia en absoluta igualdad, imparcialidad o ecuanimidad, respetando las posiciones de las dos contendores y dando a cada cual lo que le corresponde, asegurando la conformidad y bienestar de las partes en litigio, actuando con absoluta ecuanimidad y justicia, por la equidad se dice que se anteponen el bien mayor o el mal menor en la solución de un conflicto, por ende lo que se busca es satisfacer los intereses de las partes, para cuyo efecto deben deponer ciertas actitudes y pretensiones habiéndose concesiones mutuas en beneficio propio. (Echanique Cueva, 2012, p. 59)

2.3.8. Legalidad

En relación con la legalidad, se hace referencia principalmente a todas las acciones realizadas conforme a la ley, como es el caso de la mediación.

Este principio subraya que los conflictos resueltos mediante este método alternativo extrajudicial se originaran en el ámbito del derecho en general. Y a su vez, destaca que en la aplicación de dicha modalidad, el objetivo fundamental es evitar la vulneración de los derechos fundamentales y no afectar el orden público imperante.

También, el principio de legalidad busca enriquecer el entendimiento mutuo entre las partes fomentando un ambiente donde se privilegió la justicia y se salvaguarden los principios éticos. Esto refleja el compromiso de la mediación no solo con la resolución de los conflictos, sino que también con la preservación de valores legales y sociales.

Vilalta (2008) se refiere a la legalidad de la siguiente forma:

Conforme al principio de legalidad en sentido tradicional, todo ejercicio del poder debe quedar sometido a la constitución y al imperio de la ley Garantiza la seguridad jurídica, evita la arbitrariedad y procura el respeto de los derechos fundamentales, el orden público y el interés general. Por el mismo principio de legalidad, todas las decisiones deben ser comunicadas a las partes interesadas lo antes posible, por escrito o por cualquier otra forma apropiada, exponiendo los motivos que las fundamentan (Vilalta, 2008, p. 46).

2.3.9. Honestidad

Este principio se considera como uno intrínseco a la mediación, pues se argumenta que la honestidad emerge como una de las cualidades fundamentales que guían este proceso. La presencia de características como la deshonestidad en la ejecución de la mediación puede descalificar de manera categórica la tramitación de un caso por esta vía.

Es de importancia reconocer que las prácticas deshonestas no solo perjudican a las partes de forma directa, sino que también pueden tener consecuencias adversas para terceras personas, desafiando de ese modo un principio fundamental del derecho.

De modo que, la honestidad se erige como un pilar fundamental y esencial para la integridad y la eficacia del procedimiento de mediación, asegurando que este método se conduzca de manera ética y respetuoso con los principios jurídicos fundamentales.

Así lo considera también, (Fierro, 2018), ““El mediador debe excusarse de participar en una mediación o dar por terminada la misma si, a su juicio, cree que tal acción sería a favor de los intereses de los mediados”.

2.4. Acta de mediación

Respecto del término acta, Ossorio (2010) determina que el término nace, del vocablo latín *actum*, cuyo significado se asocia a un acto. Por lo tanto, es un documento en el que se consigna un hecho o algo que ha tenido lugar en determinado contexto o un acuerdo realizado entre personas o grupos de ellas.

En la misma línea, Ossorio (2010) define el acto como un documento que expide ya sea el juez, notario o cualquier autoridad pública, con la finalidad de dejar una constancia de un hecho, sea este material o de carácter jurídico. Es así que, Osorio sostiene que el acta registra un pacto o un acuerdo y resulta menester señalar que el acta de mediación no se encuentra definida en la Ley de Arbitraje y Mediación, sino que únicamente versa su contenido en dicho cuerpo legal.

Así mismo, Mesías (2011) define al acta de mediación como un documento de naturaleza evidentemente transaccional, el que recoge un conjunto de voluntades que emanan de las partes en conflicto. Así mismo, se debe señalar que, pese a lo anteriormente mencionado, el acta no siempre consigna un acuerdo, el mismo también puede contener la imposibilidad de mediación. (p. 55)

Por otro lado, Bustamante (2009) define al acta de mediación como un documento que goza de autenticidad por ser el resultado de un método alternativo al judicial y en el que sus efectos son de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada. De igual forma, conjuntamente con el criterio de la autora mencionada, la Procuraduría General del Estado (2007) considera a esta acta como un documento que refleja un acuerdo al que han llegado las partes intervinientes, y ratifica su carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

De todas las definiciones que han sido expuestas por distintos autores, se puede entonces determinar que el acta de mediación se configura como un documento que se emite en razón de ser un método alternativo de solución de conflictos, tomando los acuerdos al que llegaron las partes y a los que se comprometen cumplir. Así como también que tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. De modo que existen 3 diferentes tipos de actas, las cuales son:

- Acta de acuerdo total

Refleja un acuerdo total de las partes en el conflicto.

- Acta de acuerdo parcial:

Este acto recoge los acuerdos parciales a los que llegaron las partes en mediación. Las cuestiones que no han podido ser resueltas por mediación, podrán ser debatidas en juicio tal como lo indica el Artículo 47 de la Ley de Arbitraje y mediación.

- Acta de imposibilidad de acuerdo:

Se suscribe cuando las partes no han podido llegar a un convenio sobre la controversia que se ha previsto en mediación.

Finalmente, el acta de mediación al suscribirse deberá contener la firma de las partes que han intervenido y la del mediador. El acta además tendrá que contener los requisitos establecidos en el segundo inciso del artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2015); estos son: “la relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.” (p. 17).

Es de forma concluyente que la mediación como una forma de resolver conflictos en materia de familia resulta fundamental pues goza de todo valor jurídico para resolver asuntos como el de divorcio por mutuo consentimiento, el cual puede ser efectivo, de la misma forma que si se lo sustanciara por vía judicial. Ello puede ser corroborado por el hecho de que el artículo 363 del COGEP, reconoce en el numeral 3, al acta de mediación como uno de los títulos de ejecución. Y también, el artículo 364 del mismo cuerpo legal, dispone que tanto el juez como las partes deben ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el título de ejecución y además indica que deben limitar su ejecución a lo específicamente consignado en dicho título de ejecución.

Por lo expuesto, la mediación, a pesar de no poder ser empleado actualmente para llevar a cabo el divorcio por consentimiento mutuo en Ecuador, debido a la intransigibilidad del estado civil, representa una alternativa atractiva que podría ser considerada si se realiza una reforma a la ley. Es esencial reconocer que la mediación, al permitir la comunicación directa entre las partes, facilita la negociación y la toma de decisiones conjuntas.

Este método no solo brindaría una oportunidad de abordar asuntos clave como la división de bienes y la custodia de los hijos de manera más personalizada, sino que también promovería la preservación de las relaciones amigables post- divorcio. Aunque actualmente la intransigibilidad del estado civil representa un obstáculo, la idea de incorporar la mediación en el proceso de divorcio por mutuo acuerdo podría ser bien recibida. Estos ajustes podrían incluir la flexibilización de ciertos requisitos legales que actualmente limitan el uso de la mediación en este contexto específico.

Esta figura, la mediación, aporta una nueva dinámica para las personas que buscan dar por terminado su vínculo matrimonial, podría ser admitida en el proceso de divorcio siempre y cuando se realicen los ajustes legales pertinentes.

CAPITULO 3

MEDIACION FAMILIAR Y DESJUDICIALIZACION

3. Mediación Familiar. – Definiciones

La mediación familiar para Romero (2002) expone que en varios países del mundo la mediación familiar constituye un aspecto que tiene que ver con las agendas dirigidas a políticas sociales y constituye una herramienta fundamental para muchas familias y muchas parejas que enfrentan un proceso de separación o divorcio de forma rápida y amable, para que de ese modo pueda darse una adecuada continuación a las funciones que tienen como padres. (p. 40)

Siguiendo con la misma línea, Cabello (2007) establece que la mediación familiar es un proceso tanto constructivo como reconstructivo dentro de las relaciones familiares, y que esta mediación se sustenta en la autonomía de la voluntad y en la responsabilidad que deberían asumir las partes que se ven involucradas en dicha controversia; Es de forma imperativa que en dicho proceso se cuente con un tercero, que es el mediador, neutro y confiable para que ayude y dirija sin poder de decisión, la situación hostil en la que se encuentren dentro de una familia. (p. 11)

En ese sentido, Ripol-Millet (2017) definen a esta mediación como una intervención o negociación en una controversia familiar en la que un tercero es aceptado por las partes, investido de imparcialidad, neutralidad, sin poder de decisión alguna, donde busca contribuir a que entre ellos lleguen a un consenso viable, favorable y que responda a las necesidades de los integrantes de la familia; especialmente de los hijos. (p. 113)

Esta mediación que tiene como naturaleza el ámbito “familiar” busca mantener y fortalecer los lazos afectivos entre las personas intervinientes; evita un deterioro y una confrontación que resulte en enemistades entre las partes y dirige la misma a un proceso de comodidad y resulta amigable. Para Herrero (p. 1) la mediación familiar genera modificaciones sistémicas importantes, porque beneficia la evolución de la familia hacia nuevos modos de interacción.

Se debe tener presente que para la mediación familiar siempre se debe versar sobre asuntos que son transigibles, los cuales, para Durán, Égüez, Arandi, y Yanca (2020, p. 79) son los siguientes:

- Los casos concernientes a régimen de visitas;
- Tenencia;
- Maneras de abonar el pago de pensiones acumuladas;
- El aumento de la pensión por concepto de alimentos;
- La obligación de dar alimentos a la descendencia;
- La extinción de la obligación de proveer de alimentos, ante el arribo de los hijos a la mayoría de edad;
- Desavenencias en el matrimonio ya sean previas o posteriores al divorcio;
- Conflictos paterno-filiales;
- Disolución de la sociedad conyugal, entre otros.

Es de evidente observación que el divorcio por mutuo consentimiento no se encuentra contenido dentro de las materias transigibles, situación que deberá ser analizada y observada por el legislador ecuatoriano teniendo en consideración que este tipo de divorcio tiene su sustento en la voluntad de las partes para dar por terminado su vínculo matrimonial y que no contiene conflicto alguno en el fondo para tramitar el mismo.

Pues se debería tomar en consideración que durante el tiempo que conlleva tramitar el divorcio por vía judicial podrían existir roces y ciertos problemas que hagan que las personas no opten por continuar con su tramitación por trámite voluntario, haciendo que el tiempo y recursos que hayan sido utilizados se vean afectados; indudablemente, aunque es innegable la posibilidad de que surjan fricciones entre las partes, si se diera paso a la mediación podría darse paso a un mecanismo para mitigar estos inconvenientes, esto por la agilidad y los bajos costos que implica este procedimiento; sin mencionar que lo mismo ayudaría con la descongestión del sistema judicial.

3.1. Desjudicialización del divorcio

El matrimonio puede ser disuelto únicamente mediante una sentencia de divorcio dictada por un juez competente en el ejercicio de su jurisdicción, es lo que prevé el Código Civil en el artículo 107 en relación al artículo 340 del Código Orgánico General de Procesos, por lo que sería esta una evidente manifestación de la idea de que la disolución del vínculo matrimonial puede solo tramitarse en vía judicial. Sin embargo, resulta de gran interés que aun cuando esta norma se encuentra vigente actualmente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el legislador haya investido al Notario de la capacidad de disolver el vínculo matrimonial, aun cuando el instrumento notarial no tiene una naturaleza jurídica parecida a la de una sentencia.

Este instrumento notarial ha sido definido doctrinariamente como, “un documento público escrito expedido por un notario en ejercicio de sus funciones” (Lafferriere, 2008, p. 23).

Para el autor (Rengrifo, 2019) si bien este documento es completamente veraz pues es un acto de fe pública otorgada a los notarios para que controlen la legalidad de ciertos actos, esta atribución que se le ha conferido al notario es la base de un concepto de seguridad jurídica preventiva y cuyo concepto es muy distinto del que posee una sentencia judicial.

Sin embargo, los notarios ecuatorianos, tal como lo expresa el artículo 6 de la Ley Notarial, “son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de las partes, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes

De modo que sería una falacia concluir que los notarios estén investidos de jurisdicción para emitir sentencias, por lo que, siguiendo de la mano a la normativa ecuatoriana, los notarios no estarían facultados para emitir una sentencia o un instrumento con valor de sentencia que pueda disolver el vínculo matrimonial y aun frente a este obstáculo el legislador ecuatoriano ha decidido atribuirle al notario la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento.

Todo aquello con la finalidad de argumentar que el sistema jurídico ecuatoriano ha tenido una constante transformación hacia una progresiva “desjudicialización” del divorcio, esto con la finalidad de atribuirle su tramitación a otros autores superando de esta forma el anterior y antiguo esquema en el que se sostenía que únicamente era el juez quien podría disolver el vínculo matrimonial o autorizar su disolución.

Ecuador fue uno de los países pioneros en desjudicializar el divorcio por mutuo consentimiento; en la que su tramitación le fuera permitida en casos específicos al notario. Culaciati expresa que “la desjudicialización constituye el paso siguiente en la evolución del divorcio” (Culaciati, 2015, p, 364). Entonces, la desjudicialización ha surgido como una vía para solventar y solucionar los problemas del proceso judicial de divorcio.

Continuando con la misma explicación; el autor Leonardo Pérez en su libro “Separaciones y divorcio ante notarios” expone lo siguiente: “El fundamento de la desjudicialización del divorcio tiene un claro propósito y es la búsqueda de vías más expeditas, más dúctiles, [más baratas], que ofrezcan cierta celeridad [al] proceso de divorcio” (Pérez, p. 366)

La normativa ecuatoriana referente al procedimiento del divorcio de mutuo consentimiento, establece, en específico, que conforme el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), éste proceso se tramitará por procedimiento voluntario; la finalidad de esta disposición es la

de agilizar y simplificar el proceso, proporcionando a las partes involucradas un una vía rápida para obtener el divorcio. Sin embargo, aun con la existencia de estos procedimientos voluntarios para asegurar la celeridad de estos trámites, esto no evita que las partes involucradas, los cónyuges, al tener que atravesar un proceso judicial, las partes tengan que atravesar frustraciones y posibles rencores.

Si bien es cierto que los procedimientos voluntarios deben ser de rápida tramitación, el sistema legal ecuatoriano, en la realidad palpable, se caracteriza por no ser ágil, aún en procedimientos de divorcio por mutuo consentimiento en los cuales el sistema judicial suele tardar de entre dos a tres meses en dictar la sentencia de disolución conyugal, todo esto en razón de que antes de resolver el divorcio mismo, deben resolverse la situación socioeconómica, visitas y tenencia de los hijos menores dentro de dicho matrimonio, haciendo que el proceso se extienda aún más del que las partes y la norma hubieran previsto.

Todo aquello en concordancia con lo que expone Johanna Ponce en su libro, en donde señala que el sistema judicial en Ecuador se ha visto abarrotado y sobrecargado de procesos de familia en los últimos años, lo que expone de la siguiente manera:

Según el informe de la Defensoría Pública, en el año 2014 los conflictos de familia superaron en número a otro tipo de conflictos, como los laborales o penales. De este modo, solamente en ese año atendió a 81.245 causas de familia, mientras que las causas penales fueron 79.307 y las laborales 43.431. (Ponce, p. 99).

Resulta innegable que el procedimiento voluntario que planteo el legislador como un proceso de vía “expedita” en casos de divorcio consensual no esté cumpliendo plenamente con las necesidades sociales y familiares para una rápida, ágil solución; sin mencionar el posible desgaste emocional y económico que puede suponer este trámite para las personas involucradas dentro del seno familiar.

También es imperativo hacer mención al precio medio alto que conlleva la tramitación de un divorcio por mutuo consentimiento ante notario, mismos que ante la realidad económica ecuatoriana no siempre es posible de cubrir para algunos cónyuges que son de escasos recursos y que quisieran someterse a este proceso, por ser una vía más rápida que el sistema judicial pero que, sin embargo, no puede ser cubierta por la realidad ecuatoriana de muchas personas, este costo es una limitación para las personas que buscan recurrir a esta vía por lo que se da una ruptura al objetivo de la desjudicialización de este proceso al no poder cumplirse como una vía alternativa al divorcio por mutuo consentimiento en vía judicial.

Respecto a los costos, en la Resolución 036-2020⁹, se fija que el valor por la tramitación de divorcio por mutuo consentimiento será una tarifa equivalente al treinta y nueve por ciento (39%) de un Salario Básico Unificado, es decir, el valor será de \$177.45 dólares de los Estados Unidos. También se deberá considerar que la petición de un abogado podría oscilar entre \$200 a 300 dólares, que, a modo de ejemplo, tomando un valor intermedio de \$250 dólares por el servicio de un abogado más al valor fijado por la ley para este trámite, se daría una suma total de \$ 427,45 dólares, valor que se necesitará para llevar a cabo el divorcio consensual en una notaría, Esto respetando la tasa notarial fijada.

Es crucial tener en cuenta que estos costos son significativos y pueden representar una carga financiera para las parejas que buscan llevar a cabo un divorcio consensual. Sin embargo, al comparar estos gastos con la alternativa de la mediación, se observa que esta última emerge como una opción más accesible para los cónyuges.

La mediación, al no requerir necesariamente la intervención de abogados y al promover un proceso más ágil y menos formal, podría significar una reducción sustancial en el costo asociado al divorcio. Además, al eliminar la necesidad de acuerdo al tribunal y simplificar el proceso, la mediación no solo podría representar un ahorro económico, sino también un ahorro de tiempo para las partes.

Entonces, la mediación se presenta como una alternativa más accesible y eficiente en términos económicos para aquellos que buscan dar por terminado su vínculo matrimonial de manera consensuada. Esta opción no solo podía aliviar la carga financiera de las parejas, sino también democratizar el acceso a métodos de resolución de conflictos, contribuyendo así a una justicia más inclusiva y equitativa.

3.2. Estado civil y la mediación

Desde la introducción del término de estado civil en el primer Código Civil de Ecuador hasta su actual definición en el artículo 331 del Código Civil, ha habido un progreso evolutivo del mismo. Según esta definición, el estado civil se define como “la condición de una persona que le capacita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o asumir ciertas responsabilidades”. (Código Civil, 2005).

⁹ Publicada en el Registro Oficial No. 216.

Asimismo, el Artículo 332 establece que el estado civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo se justificará con las copias pertinentes de los registros civiles¹⁰, la cual sugiere que, en el ámbito legal de Ecuador, el estado civil se refiere específicamente a la posición de una persona en sus vínculos familiares, conllevando consigo ciertos derechos y obligaciones legales.

Para el autor Luis Guillermo Salas:

El estado civil implica numerosas consecuencias de derecho privado; concretamente, determina el aumento o disminución de la cantidad de derechos y obligaciones de que puede ser sujeto la persona. Así, quien se haya situado dentro de una familia, tiene mayores responsabilidades de adquirir en ella herencia y pensión alimentaria que quien no lo está, [...] quien es padre o madre tiene derechos de crianza, educación y establecimiento, e incluso a veces de alimentos, de quien no lo es. (Guillermo. S, 2017, p. 185).

Doctrinalmente, el estado civil se ha caracterizado como un concepto intransferible y que no es susceptible a renuncia o disposición voluntaria por parte de una persona, “la renuncia se constituye y se articula a través de una declaración de voluntad unilateral de sentido abdicativo” (Pacheco, 2011)

El sustento de su intransferibilidad e inalienabilidad se ve fundamentado en el hecho de que, al ser resultado de la posición que una persona ocupa dentro de una estructura familiar, cualquier disposición o renuncia libre de este estado conllevaría consecuencias negativas para los integrantes de dicho entorno familiar, así como para terceros y, en última instancia, para el orden social establecido.

Esta implicación se deriva lógicamente del hecho de que ceder o renunciar al estado civil suprimiría las obligaciones y derechos que una persona posee en relación con otros individuos.

Por consiguiente y respecto de todo aquello, el Código Civil ecuatoriano prohíbe expresamente cualquier negociación sobre el estado civil, con el fin de salvar el ejercicio adecuado de los derechos asociados al mismo, de modo que el Código Civil dispone de forma taxativa en el artículo 2352 que: “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas” (Código Civil, 2005).

¹⁰ Artículo 332 del Código Civil.

En razón de que uno de los requisitos fundamentales de la mediación es que la materia sea transigible, siendo éste un requisito esencial en el acta de mediación, sin embargo, aquello no implica que el acta de mediación deba ser un contrato de transacción.

Así lo muestra Ximena Bastamante al afirmar que el negocio jurídico que está contenido y versado en el acta de mediación no es un contrato de transacción como tal, aun cuando posean ciertas similitudes, su naturaleza jurídica es totalmente distinta. (Bustamante, 2009).

A modo de un enfoque complementario, se procederá a identificar las diferencias y similitudes fundamentales entre el acta de mediación y el contrato de transacción:

Similitudes:

- 1.- Tienen como objetivo resolver una controversia extrajudicialmente.
- 2.- Son mecanismos auto compositivos de resolución de conflictos.
- 3.- Deben versar únicamente sobre materia transigible dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Diferencias:

Contrato de transacción:

- 1.- No interviene un tercero.
- 2.- Su naturaleza es exclusivamente negocial.
- 3.- Debe tener la calidad de contrato bilateral.

Acta de mediación:

- 1.- Un tercero interviene para facilitar el acuerdo.
- 2.- El acta de mediación es un acuerdo derivado de un procedimiento de resolución de conflictos.
- 3.- No necesariamente tiene que ser bilateral.

Fuente: Elaboración a partir del capítulo 3.2.2 del libro Acta de mediación de Ximena Bustamante.

De igual manera, resulta de suma importancia resaltar el hecho de que el acta de mediación a diferencia del contrato de transacción no necesita ser una renuncia o concesión de derechos bilaterales para que puedan surtir efectos del mismo.

En este sentido Ximena Bustamante (2009) señala y afirma que:

El acuerdo de mediación puede equivaler a una convención bilateral o unilateral, en la medida en que puede crear, modificar o extinguir, o simplemente reconocer derechos y obligaciones; mientras que el contrato de transacción debe tener siempre la calidad de contrato bilateral. (Bustamante, 2009).

En síntesis, la renuncia mutua no resulta ser necesaria en el acuerdo de mediación, puesto que las partes intervinientes pueden llegar a un acuerdo sin haber sacrificado nada respecto de sus pretensiones, satisfaciendo así sus pretensiones personales.

Es entonces factible señalar que mientras en el contrato de transacción se observa una naturaleza netamente negocial, el acta o acuerdo de mediación contiene un acuerdo de voluntades entre las partes que intervienen en él. La Corte Nacional de Justicia de Colombia ha afirmado este punto de vista:

Quizás la única diferencia perceptible resida en que el elemento sustancial de la transacción es la renuncia recíproca a pretensiones en aras del arreglo, la que no ocurre necesariamente en la modalidad que la ley denomina conciliación [o mediación] pues en esta es factible que una de las partes se pliegue íntegramente a las pretensiones de otra. (Corte Suprema de Justicia, 1991).

Siendo entonces evidente que las características y lo señalado respecto del acta de mediación, siendo ésta capaz de extinguir, crear o modificar derechos y obligaciones mediante un acuerdo de parte; puede señalarse que su naturaleza encaja perfectamente con la naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento, siendo que el mismo es la forma de terminar el vínculo matrimonial mediante el acuerdo de los cónyuges, lo que tiene como resultado la extinción de ciertos derechos y obligaciones relacionados al vínculo matrimonial.

Entonces, podría decirse, de principio, que el acta de mediación contendría el acuerdo de voluntades de los cónyuges para dar por finalizado su matrimonio, extinguendo así sus efectos patrimoniales y personales.

Sin embargo, en relación con este acontecimiento, es imperativo hacer mención de lo que el Código Civil establece respecto del estado civil, el que de forma taxativa establece que e

mismo no es transigible¹¹, lo que en un principio crearía una limitación respecto de la sustanciación del divorcio de mutuo consentimiento en mediación. La intrasigibilidad se halla fundamentada en su irrenunciabilidad y su indisponibilidad del estado civil de una persona, pues podría considerarse que su libre disposición podría afectar tanto a terceros, así como al orden público.

Por materia transigible, la normativa ecuatoriana se refiere a la misma como “asuntos que deban versar sobre aquello que es disponible para las partes”, Sin embargo, el legislador ecuatoriano ha establecido una posibilidad de poder sustanciar asuntos relativos a derecho de visitas, tenencia y derecho de alimentos en mediación, derechos que se han de caracterizar por su irrenunciabilidad y su indisponibilidad y también por hallarse contenidos en el ejercicio activo de la Patria potestad.

Es entonces factible afirmar que estos derechos al ser irrenunciables, no podrían ser materia transigible porque la libre disposición de éstos o su renuncia o cesión afectaría a terceros y por consiguiente al orden público, sin embargo, al respecto Maria Nazareth Ramos afirma que “se puede transar sobre cuestiones relativas a derechos irrenunciables siempre que esto no implique su renuncia o vulneración” (Ramos, 2017).

Entonces, si el acta de mediación que contiene tanto el régimen de visitas, la situación socioeconómica y la tenencia no contiene una renuncia o un acto de disposición que vulnere derechos, esta acta respeta el acuerdo de confidencialidad y no contraria el sistema ecuatoriano, sino que se pacta con el control de legalidad correspondiente, respecto de ciertas situaciones relativas de dichos derechos; es decir, este acuerdo de voluntad de las partes sobre estos puntos en mediación deben respetar el principio de legalidad y no contrariar el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Aunque el derecho representa una alteración legítima en el estado civil de las personas no implica su pérdida, renuncia, cesión o vulneración. Pues la renuncia de un derecho según Pla Rodríguez se definiría como “un acto voluntario dentro de la categoría de negocio jurídico unilateral que determina el abandono de un derecho” (Rodríguez, 1998). Y por otro lado, la cesión implica la transferencia de un derecho a otro sujeto.

Por consiguiente, la disolución del vínculo matrimonial no conllevaría al abandono del estado civil, ni tampoco la transferencia de dicha condición jurídica a otra persona, ya que de ser así

¹¹ Artículo 2352, C.C.

el divorcio consensual podría considerarse como una violación a la no transigibilidad del estado civil.

Por todo lo anteriormente dicho, puede evidenciarse que la mediación podría ser una vía idónea para disolver el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo, en virtud de que la sustanciación de dicho proceso al ser voluntario por ambas partes no implicaría la renuncia del estado civil sino un pacto legítimo para dar por finalizado el matrimonio, lo que podría verse contenido en un acta de mediación con valor de sentencia.

Es de importancia señalar que la sustanciación del divorcio por mutuo consentimiento solo podría ser posible cuando el legislador ecuatoriano realice una reforma, del mismo modo que en el artículo pertinente al derecho de alimentos y al artículo que establece la intransigibilidad del estado civil. En la reforma sería imperativo establecer que por las razones mencionadas que, si bien el estado civil es irrenunciable e indisponible, podrá ser transigible el divorcio por mutuo consentimiento a efectos de conseguir su sustanciación en mediación.

Esta reforma y planteamiento resulta completamente viable desde una óptica constitucional, pues en relación al artículo 167 de la Constitución de la República establece que, “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial” (Constitución de la República, 2008).

Resulta importante destacar que dentro de los llamados órganos de la Función judicial no se encuentra la mediación, pues la misma se trata de un procedimiento; de modo que, además de la existencia de órganos y actividades, la constitución prevé que haya otras formas en que se resuelvan conflictos distintos a la administración de justicia.

A modo de conclusión, el acta de mediación podría únicamente estipular la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento siempre que los cónyuges hayan llegado previamente en la misma mediación a un acuerdo respecto de la situación socioeconómica, tenencia, y visitas de los hijos menores o dependientes.

Ecuador se encuentra en un constante proceso de “desjudicialización” del divorcio consensual, siendo evidente con la explicación antes detallada, la cual sin embargo ha tenido sus inconvenientes por los elevados costos que sugiere este tipo de trámite, es por eso que continuando la línea que propone una desjudicialización de este trámite por distintas vías para tramitar el divorcio, la mediación resulta una medida alternativa infalible al momento de considerar la sustanciación del divorcio, explicados y detallados los elementos y las ventajas que podría tener la misma, que si bien hoy por hoy tiene una limitación expresa respecto a la transmisibilidad del Estado civil, no puede evitarse sugerir al legislador que realice dicha reforma para que el sistema judicial ecuatoriano continúe con este camino de poder

desjudicializar el divorcio hasta el punto de no ser la vía judicial ni notarial las únicas alternativas con las que cuenten las parejas al momento de tomar la decisión de dar por terminado el matrimonio.

3.4. Beneficios de mediación en divorcios consensuales

La mediación, "alivia los aspectos emocionales que se derivan de la ruptura de vínculos familiares" (Ponce, 2017) es una alternativa de resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la que tiene varios beneficios consigo; en primer lugar este medio alternativo extrajudicial permite a las partes involucradas a llegar a un acuerdo "hecho a la medida, tomándose para ello aspectos tanto legales como extralegales, por lo tanto, se cumplirán voluntariamente" (Suárez, 2013, p. 150); esto hace que el cumplimiento de las causales que sean objeto de mediación así como el acta de mediación en si misma se cumplan con más eficiencia.

El que las partes hayan sido participes activos dentro del dialogo que se lleva a cabo en mediación hace que sientan que la decisión final que tomaron entre las partes sea más justa y equitativa para los que participaron de la mediación.

Otro de los beneficios que coadyuva la mediación en estos casos, sería el de que las parejas tengan una alta probabilidad de mantener una relación interpersonal entre ellos más amistosa por la naturaleza misma que caracteriza este método de solución de conflictos, siendo que la buena relación entre los padres, en caso de existir hijos menores o dependientes, sea un factor de suma preponderancia.

Entonces, puede establecerse que muchos de los beneficios que lleva consigo la mediación familiar se ve intrínsecamente relacionado con la relación y cuidado del ámbito familia, las relaciones amigables entre las personas y la celeridad del proceso para dar fin a un proceso que no se considera para ninguno de los involucrados agradable.

De modo que y a modo de conclusión, es importante comprender que al permitirse la mediación como un vía idónea para el trámite del divorcio consensual en Ecuador, garantizaría el acceso gratuito a la justicia en virtud de que existen centros de mediación sin costos en la función judicial, o en su defecto el gasto reducido a estos procedimientos pues no sería tan elevado como tramitar el mismo ante un notario; Esta aceptación y regulación por parte del legislador ecuatoriano ayudaría finalmente a reducir la carga de divorcios que el sistema judicial tiene que tramitar. Y de este modo se estaría cumpliendo con el objetivo

principal de la desjudicialización del divorcio, al integrar un proceso de menor costo que se adecua a las necesidades sociales que actualmente atraviesa el país, así como la descongestión del sistema judicial ecuatoriano.

3.4. Factibilidad de la mediación en divorcio por mutuo consentimiento

La mediación se plantea como un mecanismo alternativo altamente eficaz y ventajoso en la tramitación de divorcios por mutuo acuerdo, tal como se ha destacado previamente, dicho enfoque presenta una serie de beneficios sustanciales, entre los que incluye la reducción de conflictos, la preservación de relaciones interpersonales y la celeridad en procedimientos legales. Además de que representaría un avance significativo a la denominada "desjudicialización" del divorcio, al desconcentrar la resolución de conflictos familiares al ámbito judicial. Sin embargo, la factibilidad inmediata de implementar la mediación en este contexto se ve limitada por una normativa expresa que prohíbe la transmisibilidad del estado civil de las personas.

Dicha restricción legal puede constituir un obstáculo crucial en la posible aplicación de la mediación en casos de divorcio consensual, impidiendo que dicho método alternativo se convierta en una opción viable para las parejas que buscan dar por terminado su vínculo matrimonial de forma consensuada.

Aunque, es de gran importancia reconocer el potencial transformador de una reforma legislativa que modifique esta normativa restrictiva. Esto mediante una reforma por parte del legislador, la que permita la inclusión del proceso de mediación en los procedimientos de divorcio, pues la misma se encuentra reconocida en la Constitución de la República como uno de los métodos alternativos de solución de conflictos donde impera la voluntad de las partes, característica compartida con el divorcio consensual, esto abriría una puerta hacia una vía efectiva y menos litigiosa para la terminación matrimonial.

Esta reforma no solo facilitaría la implementación de la mediación familiar, sino que también visualizaría los beneficios significativos para el sistema judicial en su conjunto, al reducir carga procesal y tiempos de resolución en dichos casos.

A modo de conclusión, es evidente que la mediación respecto a los divorcios consensuales posee un potencial considerable para mejorar y agilizar el proceso de separación matrimonial. Si bien existe una barrera normativa en la actualidad, la posibilidad de una reforma legal representaría una oportunidad para avanzar hacia un sistema más eficiente y centrado en el bienestar de las partes involucradas.

3.5. Propuesta de reforma

En consideración a la necesidad imperativa de proponer reformas al Código de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como al Código Civil, con el objetivo de hacer mas viable y factible el divorcio por mutuo consentimiento en Ecuador a través de la mediación, se sugiere una revisión exhaustiva a las disposiciones actuales que regulan el estado civil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La intrangibilidad del estado civil puede presentar obstáculos significativos para las parejas que deseen divorciarse de manera amistosa y consensuada.

La propuesta de una reforma podría enfocarse en introducir disposiciones que permitan una mayor flexibilidad en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento. Esto podría incluir la simplificación de tramites y requisitos, así como también la eliminación de obstáculos legales que actualmente dificultan la consecución de este tipo de divorcios por mediación.

Además, podría considerarse que la implementación de mecanismo como la mediación en casos específicos como el divorcio de mutuo acuerdo facilitaría el proceso a uno mas eficiente y menos adversaria entre las partes. Además, la inclusión de profesionales capacitados en mediación familiar podría contribuir a que las personas involucradas lleguen a acuerdos de manera mas rápida y menos conflictiva.

Es crucial que estas propuestas estén respaldadas por un análisis detallado de las implicación legales y sociales, así como una consulta con expertos en derecho de familia. Así mismo, se debe asegurar que las reformas propuestas estén alineadas con los principios fundamentales de justicia y equidad, garantizando la protección de los derechos de todas las partes involucradas en el proceso de divorcio.

Así mismo, en el contexto de la propuesta realizada en el presente trabajo de investigación, es esencial abordar la formación y calificación de los mediadores como parte integral de la mejora del sistema. La inclusión de requisitos más rigurosos para los mediadores, como la implementación de exámenes para evaluar su conocimiento, sería un paso significativo hacia la profesionalización de esta labor.

La propuesta podría contemplar la exigencia de que los mediadores tengan una formación específica en derecho, de manera que estén mejor preparados para abordar las cuestiones legales involucradas en los procesos de mediación. Esto podría incluir la adquisición de conocimientos en área relevantes del derecho civil y familiar, así como en técnicas efectivas de resolución de conflictos.

Además, establecer criterios claros para la evaluación de los conocimientos de los mediadores permitiría distinguir entre aquellos que están debidamente capacitados y quienes no cumplen con los estándares requeridos. Esto garantizaría la calidad y la eficiencia de los servicios de mediación, contribuyendo así a un sistema legal más sólido y confiable.

Es entonces fundamental considerar que la idoneidad de los mediadores no solo debe basarse en conocimientos legales, sino también en habilidades interpersonales, ética y sensibilidad hacia las dinámicas familiares. Por lo tanto, la formación debería abordar aspectos prácticos y éticos de la mediación, asegurando que estos profesionales estén preparados para abordar casos de manera integral.

En última instancia, la reforma propuesta busca modernizar y agilizar los procesos legales relacionados con el divorcio por mutuo acuerdo, promoviendo un enfoque más conciliatorio y menos litigioso en el ámbito de derecho familiar pero dicha propuesta no solo se centra en facilitar el divorcio por mutuo acuerdo, sino que también en elevar los estándares de la mediación mediante la implementación de requisitos educativos y evaluaciones que garanticen la competencia y ética de los mediadores en el sistema legal ecuatoriano.

CAPITULO 4

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

Del estudio que ha sido efectuado, tomando en consideración tanto la doctrina como el ordenamiento jurídico, se pueden arribar a las siguientes conclusiones:

- ◆ Se concluye que la mediación como un método extrajudicial reconocido por la norma constitucional en el artículo 190, resulta ser una materia llamativa en procesos en los que las partes busquen un ágil y amistosa forma de terminar con el vínculo matrimonial. Debido a que el ordenamiento normativo ecuatoriano se ve envuelto en la búsqueda de generar vías expeditas y ágiles para tramitar el divorcio, pues su característica principal es la autonomía de la voluntad de los cónyuges; dicha búsqueda ha sugerido la desjudicialización del divorcio consensual con la implementación de otros métodos alternativos al ordinario.
- ◆ Es evidente que la tramitación del divorcio consensual en mediación atribuiría en el fenómeno de la desjudicialización en Ecuador, que tiene como objetivo el encuentro de un proceso ágil y accesible que pueda aminorar y disminuir la carga procesal de la Función Judicial.
- ◆ Así mismo, la disolución del vínculo matrimonial en mediación ayudaría y agilizaría el divorcio por mutuo acuerdo, generándose así un método alternativo al lento proceso judicial. Además de agilizar el proceso, la mediación puede reducir la carga emocional asociada al divorcio, pues las partes tienen la oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones que afecten sus vidas.

Al evitar la confrontación adversaria propia de los tribunales, se crea un espacio donde prevalece la autonomía y la autodeterminación de las partes involucradas. Es entonces que, la disolución del vínculo matrimonial a través de la mediación se presenta como una opción que no solo agiliza el proceso de divorcio por mutuo acuerdo, sino que también fomenta la colaboración y construcción de acuerdos mutuos, marcando de ese modo un avance significativo en la forma en que abordamos las cuestiones

familiares en el ámbito legal.

- ◆ Sin embargo, si bien la mediación como un método alternativo para resolver conflictos ha adquirido una gran importancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es indudable que éste método tiene sus debilidades y falencias en el escenario actual en el Ecuador, debido a la insuficiencia de la norma al no existir un catálogo de asuntos que puedan ser materia transigible por mediación, incluyendo asuntos como el del “estado civil” de las personas, pues la falta de esta regulación ocasiona que el divorcio por mutuo acuerdo no pueda ser viable al momento en el que se está realizando esta investigación.
- ◆ Se ha empezado la presente investigación jurídica con la impresión y la precepción de que era posible divorciarse por mediación, sin embargo, a lo largo del estudio se ha presentado una limitación respecto a la tramitación del divorcio consensual por mediación, pues existe una norma prohibitiva que impediría que el estado civil de las personas pueda ser materia transigible. Finalmente, la investigación concluye que sí sería posible instituir el divorcio consensual a través de la mediación en el Ecuador mediante la reforma legal al cuerpo normativo.

4.2. RECOMENDACIONES

- ◆ En primer lugar, se propone al Consejo de la Judicatura, la implementación de requisitos más rigurosos en los procesos de formación de los mediadores en Ecuador. De modo que se sugiere la inclusión de pruebas específicas para evaluar sus conocimientos en derecho para la obtención de la calidad de mediador en el país. Ya que la falta de esta exigencia podría comprometer la seguridad jurídica de este proceso extrajudicial, pudiendo afectar los derechos de los cónyuges que opten por esta vía alternativa. Esta regulación garantizaría que los mediadores posean un nivel de conocimiento necesario para discernir y verificar sobre las materias y asuntos que son transigibles en el marco legal ecuatoriano.

Así mismo, se sugiere a la Función Legislativa ecuatoriana conjuntamente con la Función judicial, llevar a cabo una reforma en la normativa del Código Civil y de la Ley de Arbitraje y Mediación. Debido a que actualmente existe un impedimento legal, que obstaculiza a la mediación como una alternativa en casos de divorcio de mutuo acuerdo, donde la voluntariedad de las partes es clave. La propuesta que se propone busca superar esta barrera

legal, permitiendo la aplicación efectiva de la mediación en procesos como el divorcio consensual de ese modo aprovechar los beneficios inherentes a este procedimiento.

Referencias

Aguirre, J. C. (24 de septiembre de 2014). *Materia Transigible: Requisito para la Mediación*.

Recuperado el 12 de febrero de 2021, de Derecho Ecuador:
<https://www.derechoecuador.com/materia-transigible-requisito-para-lamediacion-->

Alvaro Rengrifo, *Dilemas contemporáneos del Derecho Notarial* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019).

Artículo 336, *Código Orgánico General de Procesos [COGEP]*. R.O. Suplemento 506, 12 de mayo de 2015, Reformado por última vez el 26 de junio de 2019.

Bustamante, X. (2009). *El Acta de Mediación*. Quito: Jurídica Cevallos.

Cabanellas, G., (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL

Calaciati, M. (2015), *Razones y sin razones que demoran la desjudicialización de divorcio en Argentina*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de México.

Censo, I. N. (2016). *Instituto Nacional de Estadística y Censo*. Obtenido de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/el-numero-de-divorcios-en-ecuador-crecimiento-1191-en-diez-anos/>

Código Civil Ecuador. Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2003.

Código Orgánico De La Función Judicial. Registro Oficial No 544 del 09 de marzo del 2009.

Durán Chávez, C. E., Égüez Valdivieso, E., Arandi Viñamagua, A. F., & Yancha Ruiz, M. V. (2020). *Catálogo de materias y asuntos transigibles en mediación en la República del Ecuador*. <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/312>

Echanique, H., (2010). *La Mediación, una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídico del Ecuador.

Ecuador. Asamblea Nacional. (2021). *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*.

Registro Oficial Suplemento 532. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>

Farith Simon, *Manual de Derecho de Familia*. (Quito: Editorial Cevallos, 2020).

Fierro, A. E. (23 de noviembre de 2018). *Manejo de conflictos: y mecanismos alternativos de solución de controversias*. México: CIDE. Obtenido de <http://www.cemc.com.mx/nosotros-2/>

GARCIA, F. (1997). *Manual de Práctica Procesal Civil*, tercera Edición aumentada y Actualizada.

Guillermo, S. (2017). *Aplicación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia sobre el Estado Civil en la Union Marital de hecho*, Revista jurídica Pielagus.

Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana. (2006).

Leonardo, B. Pérez, G. (2016). *Separación y Divorcio ante notario*.

Mesías, H. (2011). *La mediación: una alternativa a la solución de conflictos en el Ecuador*. Quito: Jurídica del Ecuador.

Moore, C. (1995). *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica.

Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan

- Pacheco, (2011). *Características de la Irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el derecho comparado*”, Trabajo y Seguridad Social: revista de doctrina, jurisprudencia y legislación.
- Pérez, G., & Cantoral, K. (2013). *Los principios de la Mediación Civil en México. En A. O. Giménez, Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (págs. 255-302). Madrid: Difusión Jurídica.
- Planiol, M., & Ripert, J. (1945). *Tratado Práctico de Derecho Civil Frances*. La Habana: Cultural
- Ponce, J. (2017). *Familia, conflictos familiares y mediación*. Editorial Reus.
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la Lengua Española*.
<https://dle.rae.es/neutralidad?m=form>
- Rodríguez, J., Prada, M. d., & Carabante, J. (2010). *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Madrid: Netbiblo.
- Rodríguez, P. (1998). *Los principios del Derecho de Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Rozemblum, S. (2007). *Mediación: Convivencia y resolución de conflictos en la Comunidad*.
Barcelona: Grao
- Sánchez-Eznarriaga, L. Z. (2019). *Metodos Alternativos de Solución de Conflictos*.
Saragoza: Bosch.
- Soletto, H. (2011). *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*. Madrid: Tecnos
- Suárez, M. (2002). *Mediando en Sistemas Familiares*. Paidós Ibérica.

Suarez, L. (2013). *La mediación familiar, una necesidad impostergable para la solución de conflictos familiares*, Revista Chilena de Derecho y Ciencias.