

Reencuentro con los MASC en el Ecuador: Balance de los diez años de aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)

Autora: Olivia Cortez

Abogada, docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Autónoma de los Andes. Desde 1999 hasta el 2003 fue directora del Centro de Mediación del CIDES en Guayaquil. Desde 2003 es directora del Centro de Mediación de la Universidad Católica en Quito.

Ponencia en el marco de los diez años de la LAM, organizado por ProJusticia el 25 de Septiembre del 2007

La lucha por el acceso a la justicia en la sociedad es histórica y se encuentra presente en los diferentes sistemas jurídicos modernos, como enfoque básico y en consecuencia en el de nuestro país el Ecuador es un proceso en marcha.

El término “acceso a la justicia” no se define con facilidad, pero sirve para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico, por el cual las personas pueden hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo el auspicio del Estado, en consecuencia el sistema, en primer orden debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos, lo que obliga al Estado a asumir un rol protagónico en la búsqueda de mecanismos para lograr este propósito, y es así como ingresan los métodos alternativos para la solución de conflictos en el Ecuador a través del arbitraje y la mediación de conflictos con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia, se produce el reencuentro de los MASC; primero como un movimiento social a favor de los mismos, que por el grado de adhesión de importantes sectores sociales, tiene como resultado la creación de la Ley de Arbitraje y Mediación el 3 de septiembre del 1997.¹

Por el hecho de ser parte de este colectivo a favor de los MASC, comparto una visión de este proceso de reencuentro con los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Ecuador, que en primera instancia recoge la experiencia en las ciudades de Guayaquil y Quito, antes y después de la creación de la LAM, que surge a partir de las experiencias en diversos espacios en los cuales interactuamos, como las organizaciones comunales, de mujeres e institucionales y espacios académicos, de formación y capacitación a mediadores, igual que en Centros de Mediación de Conflictos.

Considerando que los MASC, históricamente han estado presentes en América mestiza, antes, durante y después de la colonia, no es consecuente manifestar que ellos existen a partir de la creación de la LAM, por lo que vamos a contextualizar dos fases, para realizar los aportes a este balance que recoger testimonios, fortalezas y debilidades que se presentan y de esta forma dimensionar con objetividad lo que ha significado la mediación y el arbitraje en el acceso a la justicia.

Desde un paradigma diferente al tradicional, que lo defino como no confrontativo, extrajudicial, dirigido por un tercero/a, que guía a las partes en el proceso para que tomen sus decisiones en armonía con sus reales y latentes intereses.

¹ Cappelletti, Mauro, El acceso a la justicia, 1996

Una primera fase que la denominé como de recuperación de estos procedimientos alternativos se produce en la década de los 90, en el marco de la crisis de la administración de justicia la misma que sube de tono en los diferentes espacios sociales. Los MASC irrumpen a través de un movimiento integrado por académicos, organizaciones sociales, personas, que luego en el camino extienden sus inquietudes y contagian a sectores comunitarios urbanos y rurales que se adhieren a favor de este movimiento, el mismo que se fortalece con la ayuda de la cooperación internacional que financia los primeros proyectos que permiten su promoción y difusión e implementación en espacios sociales donde el acceso a la justicia estaba presente de manera precaria o inexistente.

Desde la experiencia que comparto a partir del año 93, se genera un vínculo con el Centro sobre Derecho y Sociedad - CIDES de la ciudad de Quito, en ese entonces bajo la dirección de la Dra. Elizabeth García Alarcón, que venía promoviendo y difundiendo la aplicación de los MASC con una matriz de organizaciones barriales de Guayaquil, llamada Organizaciones Barriales Asociadas del Ecuador- OBAE.

El CIDES que como institución promovía el uso y la difusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos, en el marco de un convenio con la OBAE, desarrolla un primer proyecto en Guayaquil de promoción y difusión de los MASC, dentro de un proceso que incluía una etapa de sensibilización, formación y creación de dos centros de mediación comunitaria. Para tal efecto se realiza un ciclo de talleres dirigidos a pobladores de sectores urbanos marginales y el tema de la mediación en particular genera: adhesión, sorpresa, optimismo, temor y desconfianza en algunos casos.

La coyuntura socio-jurídica en la que irrumpe la mediación en los sectores comunitarios y urbano marginales no podía ser mejor, los conflictos que surgían en las comunidades y en los barrios, en algunos casos llegaban hasta las judicaturas, en otros, por las limitaciones económicas o por desconocimiento de servicios legales populares no era posible resolverlos, entonces la mediación ofrecía una salida que por sus características posibilitaba resolver los conflictos por los propios miembros de las comunidades de manera ágil, rápida y económica que a su vez que aporta una forma de participación social, y al ser capaces de resolver sus propias controversias a través de metodologías de relacionamiento interpersonal producía efectos pedagógicos multiplicadores.

Las expresiones de temor, de los pobladores frente a los MASC, “no somos abogados, no conocemos la leyes, qué van a decir y hacer las autoridades como: intendentes, comisarios, jueces, con nosotros, nos van a meter a la cárcel”

Esta etapa introductoria del proyecto en el que participan hombres, mujeres, jóvenes y adultos, culmina con la creación de dos centros comunitarios: uno en el suburbio sur Oeste y otro en el sector norte de un asentamiento conocido como la Juan Montalvo, generando una importante movilización social en estos sectores.

La segunda fase puedo considerarla a partir de la creación de la LAM en el año 1997, como resultado de la gran adhesión de importantes sectores sociales a través de acciones concretas como la participación en la discusión del proyecto de Ley de Arbitraje y

Mediación y su exigencia ante el Congreso Nacional a favor de su creación. La acogida de los MASC y especialmente la Mediación en estos espacios generó las condiciones para construir un cuerpo legal en el que se reconozcan los efectos jurídicos de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos.

Por lo tanto la creación de la Ley de Arbitraje y Mediación a partir del 3 del septiembre de 1997, es el final de un proceso de difusión y trabajos en espacios donde el acceso a la justicia resultaba limitado.

En esta segunda fase cuando ya contábamos con una Ley de Arbitraje y Mediación, hablar del tema mediación generaba mayor confianza, puesto que teníamos un marco jurídico fuerte con respaldo constitucional, aunque con posterioridad a la promulgación de la LAM, lo que permitía el acercamiento con otros sectores y nuevos proyectos del CIDES en Guayaquil. En este caso con la Fundación Maria Guare, en el año 1998 se abre un proceso de capacitación de formación de mediadores y la creación e implementación de su centro de mediación en el cantón Guayaquil, con extensiones en los cantones, Santa Elena y Daule; en este último lugar, la iniciativa genera interés ciudadano y es apoyada por la comunidad religiosa local y las organizaciones campesinas y se desarrolla un proceso de implementación in situ que dura dos años aproximadamente.

Paralelamente a este proceso, la existencia de la ley genera perspectivas favorables para el ejercicio de la mediación, sin embargo en algunos sectores de mujeres la miraban con recelo, *desde su percepción, era necesario orientar el trabajo desde una perspectiva de género, pues de no ser así, los acuerdos podrían desfavorecer a las mujeres, por los niveles de desempoderamiento con que llegaban a la audiencia de mediación familiar, por efectos de la violencia intrafamiliar.*

Continuando con el proceso, en el cantón Guayaquil se realiza una alianza estratégica con la Comisaría de la Mujer y a través de ésta, se remitían los casos susceptibles de mediación al Centro, esto contribuyó a dar legitimidad al proceso, y un sentido de apropiación de la experiencia por parte de la comunidad; finalmente se obtienen resultados favorables valorados a la luz de las estadísticas de los casos resueltos en mediación.

La mediación empezaba a ganar los espacios urbanos.

En el año 2000, se ejecuta un nuevo proyecto del CIDES en Guayaquil “Derechos humanos de mujeres y manejo de conflictos”, en el que intervienen organizaciones pertenecientes al Movimiento y la Coordinadora Política de Mujeres, se amplía la percepción y los beneficios de la mediación, orientada a la resolución de conflictos en general y en particular a conflictos intrafamiliares, sus resultados logran mayor difusión, confianza y reconocimiento y como mecanismo de acceso a la justicia, con las características ya conocidas, lo cual coadyuva al fortalecimiento y aplicación de los MASC en mayor escala.

Sin embargo, la acogida de la mediación no se dio en todos los sectores; el gremio de los abogados mostraba un alto nivel de resistencia, miraban a este método alternativo

con desconfianza, pues la consideraban como una amenaza, un procedimiento marginal, que ponía en peligro sus intereses desde el ejercicio profesional.

Es a partir de la creciente difusión de los MASC, se desarrolla el interés por crear Centros de Mediación y esto contribuye a sensibilizar al gremio.

A diez años de la creación de la LAM, es indiscutible que hemos verificado un cambio importante. En los sectores sociales existe un interés por conocer, hacer uso y recomendar los MASC, se han involucrado directamente: docentes, magistrados, estudiantes del derecho, psicólogos, trabajadores sociales, educadores, y en gran escala los usuarios que se convierten en agentes difusores y multiplicadores de los beneficios de los MASC, aunque no podemos considerar que éstos se encuentren totalmente consolidados socialmente.

La comprensión de esto, ha implicado un proceso del reaprendizaje de un nuevo paradigma que se orienta a construir una cultura de paz que presupone un cambio cualitativo en los sistemas de interrelación social.

A partir de lo expuesto propongo algunos elementos que abonan al balance, a diez años de la promulgación, ejecución y desarrollo del instrumento jurídico Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador, y corresponden a la experiencia del Centro de Mediación de la PUCE en Quito, que funciona desde el año 1999 y que viene realizando un trabajo sustentado en la interdisciplinariedad desde el enfoque sistémico, que aporta una mirada holística e integral a la resolución de los conflictos en general y especialmente en los conflictos familiares, el enfoque de género, que permite recuperar dimensiones múltiples presentes en los seres humanos, hombres y mujeres en el plano étnico, etareo, social y económico.

Considerando que el derecho resulta limitado en la resolución de conflictos los mismos que por sus características son complejos, la inclusión de estos enfoques se convierten en un complemento que garantiza una respuesta integral en la intervención. Además legitima la aplicación de principios formativos del proceso judicial como son: el de igualdad, celeridad, inmediatez, legalidad y voluntariedad, extrapolados a la mediación, que aunque estando presentes en la norma y en la doctrina, su aplicación en espacios judiciales, resulta muy difícil y limitada.

A continuación presento la síntesis estadística de casos atendidos en el Centro de Mediación de la PUCE que comprende de julio a diciembre del 2006 y de enero a junio del 2007 y que refleja claramente la tendencia al uso de la Mediación como alternativa de convivencia en paz.

Casos atendidos en el Centro de Mediación de la PUCE

Conclusiones

Del 100% de 217 casos mediados y con acuerdos, el 90% corresponde a problemas familiares.	El 10% de los 217 casos mediados corresponden a misceláneos: inquilinato, laboral	Del 90% de éstos casos el 85% corresponden a derechos por alimentos y regulación de visitas. Y el 5% corresponden a otros temas de familia.
---	---	--

La Mediación que es parte del sistema de resolución de justicia ha posibilitado la aplicación de principios procesales sin mayores tensiones a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial como: el principio de igualdad, economía procesal, inmediatez, oralidad, concentración, voluntariedad, el Interés superior del niño, presente en los acuerdos referentes a sus derechos como los de alimentos, tenencia, regulación de visitas, identidad entre otros; los mismos son comprendidos y vivenciados así:

El principio de igualdad, su fórmula se resume en el precepto "audiatur altera pars" oírse a la otra parte, oír a la otra parte es la expresión de lo que se denomina bilateralidad en la audiencia, de tal manera que toda petición y pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la otra, principio que se cumple a plenitud, en el proceso de mediación, y que es la esencia del mismo, escuchar a las partes para conocer sus necesidades, posiciones e intereses y poder ayudar a las partes la toma de decisiones responsables².

El principio de economía procesal, son aplicables a este principio la simplificación en las formas de abordaje de la mediación, limitación de pruebas, reducción de recursos, economía pecuniaria pues la agilidad caracteriza a la mediación en su parte operativa.

El principio de inmediatez, que permite actuar a las partes en el proceso de mediación, prescindiendo de intermediarios, exceptuándose los casos determinados por la ley en que mandatarios comparecen a una audiencia.

El principio de oralidad, mediante el cual estos actos extrajudiciales se realizan a viva voz, reduciendo las piezas escritas estrictamente a los acuerdos constantes en el acta de mediación. La mediación garantiza el espacio protagónico de las partes, para expresar sus necesidades y sus deseos, que lo diferencia con los espacios judiciales tradicionalmente conocidos.

Principio de Concentración, aquel que propugna concentrar, en breve espacio de tiempo, la realización de actos extrajudiciales, como la toma de decisiones para la construcción de los acuerdos, que son plasmados en el acta de mediación.

² Coture, Fundamentos el Derecho procesal Civil.

El principio de la voluntariedad, que brinda la posibilidad de solicitar la mediación por cualquiera las partes que intervienen en el conflicto.

Respecto a los aportes que se suman al balance lo hago desde las siguientes inquietudes y preocupaciones:

1.-Sin restar la importancia a los esfuerzos realizados por parte del Estado para favorecer el conocimiento, difusión y aplicación de los MASC, a través de todas las acciones y proyectos encaminadas por Projusticia, en estos temas concretos, como el proyecto de creación de centros mediación pilotos, y otros proyectos dirigidos a los sectores comunitarios, considerando que la Administración de justicia, es una de las responsabilidades primordiales del Estado, siendo el Arbitraje y la Mediación parte de este sistema de administración de justicia, tácitamente se delegó en un alto porcentaje la promoción, difusión y aplicación de estos mecanismos en manos de sectores privados como fundaciones, universidades, organizaciones, lo cual se evidencia en el número de centros autorizados por el CNJ (110) a la fecha, quienes desde el compromiso social han funcionado con sus reglamentos, sus recursos y sus iniciativas, pero sin una guía técnica y administrativa para su desenvolvimiento, lo cual constituye una de las causas por las que la mediación no ha superado su imagen marginal como parte de los MASC, en lugar de ser tratada como una política pública.

2.-El Consejo Nacional de la Judicatura creado con posterioridad a la LAM (Constitución de 1998) se concentró en el registro y autorización de los Centros de Mediación; desde una mirada crítica, el registro judicializa la visión de la mediación, el control que se suponía que este organismo iba a desarrollar con los Centros, se redujo a una aprobación mecánica de los mismos que no permitía una evaluación rigurosa de quienes se forman como mediadores, su formación técnica, formación de mediadores especializados que intervienen en la mediación familiar de conformidad con el del Código de la Niñez y de la Adolescencia, del título X la Administración de Justicia de la Niñez y de la Adolescencia Capítulo I de las Disposiciones Generales Art. 255, Especialidad: *“establécece la administración de justicia especializada de la niñez y de la adolescencia...”*,art. 256 *Principios rectores: La administración de justicia especializada de la niñez y de la adolescencia guiará sus actuaciones y resoluciones...*³

Situación superada en algunos centros desde la óptica de la corresponsabilidad social, pero se desconoce lo que está ocurriendo en otros Centros que trabajan con temas de familia: *¿quién verifica que se cumplan las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia? respecto a la aplicación de principios como el interés superior del niño y la participación de profesionales especializados en el área?*

3.- Transitamos estos diez años sin un reglamento que regule aspectos como: la ejecución de las actas de mediación, la derivación que consta en el Art. 46 pues esta funcionó de manera parcial; por cuanto los jueces solamente derivan hasta la presente, a los Centros adscritos a las Cortes Superiores de justicia, sin argumentos justificables y en cuanto a la ejecución era aceptada, con una demoraba aproximadamente tres meses.

³ Código de la niñez y de la adolescencia, 2003. Legislación Codificada.

Nos aprestamos a estrenar un nuevo instructivo que nace de la iniciativa de los centros y del sistema judicial preocupado por el acceso a la misma a través de los MASC. Lo positivo en la creación de este instructivo es su orientación para superar las limitaciones en la ejecución de actas de mediación, descongestionar de casos a los juzgados de niñez y adolescencia, por cuanto estamos hablando de una derivación a los Centros; yo me pregunto y les pregunto: *¿a qué Centros? ¿quién tendría la calidad técnica para calificar a los mediadores?* que van a intervenir en los casos como recursos especializados en familia que cumpla con las exigencia del Concejo Nacional de Niñez y Adolescencia -CNNA y la Convención de los Derechos del Niño, ***nuevamente se deja a la voluntad del centro.***

Conocemos que los Centros tienen una responsabilidad respecto a sus recursos humanos, pero la Judicatura no se ha manifestado al respecto todavía.

4.-La inclusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos en las mallas curriculares de las universidades coadyuva a ampliar la mirada en el ejercicio de la abogacía a los nuevos profesionales del derecho que ha estado limitada a los espacios judiciales que son eminentemente litigantes centrados en el paradigma de que la única salida al conflicto la presenta la norma y por lo tanto nos constriñe a resolverlos en el espacio judicial, para los estudiantes el abordaje de los métodos alternos ofrece nuevas alternativas en la formación preprofesional centrados en la negociación como herramienta clave para ponerse de acuerdo y resolver los conflictos extrajudicialmente.

Estas apreciaciones las hago desde la experiencia de las cátedras: Métodos Alternativos para al Solución de Conflictos, Teoría de Conflicto y Derecho Comparado de Familia, en este último se incluye en el desarrollo de los contenidos el enfoque sistémico aplicado a la resolución de conflictos familiares las cuales propuse y he venido impartiendo en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

5.- El proceso de fortalecimiento debe afianzarse pues todavía los métodos no son conocidos por la mayor cantidad de la población y en otros sectores siguen siendo mirados con desconfianza por una parte de la población, de los abogados, y de los mismos administradores de justicia como algunos jueces y magistrados y otros sectores que los miran como justicia para pobres con las mismas precarias características y es precisamente por tratarse de un mecanismo, en el cual se administra justicia utilizado por grupos vulnerables, también se somete a la normativa internacional como la Convención Interamericana de derechos humanos, se convierte en un espacio de control de derechos constitucionales.

6.-La carencia del reglamento a la Ley de Mediación no facilita que se cuente con una guía técnica y administrativa, para el desenvolvimiento de los centros de mediación lo que ha generado algunas situaciones ambiguas y de confusión, como la formación de mediadores, la existencia de mediadores especializados en familia y otras áreas, como ya lo he mencionado, las horas de formación, entrenamiento para el ejercicio de mediador; en algunos casos han sido superadas por los reglamentos de los centros de

mediación, como en el caso específico del centro de la PUCE, que eleva el número de horas a cien, y ofrece una pasantía de entrenamiento con aval académico dirigida a mediadores en formación.

7.-La Mediación ha avanzado en estos diez años, es innegable, sin embargo se requiere elaborar una propuesta oficial de capacitación básica en la formación de mediadores, que se encuentre asimilada en el reglamento, esto contribuiría a fortalecer el ejercicio y la aplicación de la mediación, por cuanto la formación de mediadores, es la base para la aplicación coherente de este método en los centros de mediación, lo que implica desarrollar enfoques interdisciplinarios con el objetivo de brindar un servicio integral.

8.- La creación de este cuerpo legal considera a dos de los métodos sin perder de vista que la Mediación incorporó a la Mediación Comunitaria que al momento de la Ley era un éxito. Entonces, falta legislar sobre otros métodos que se aplican.

9.- Recalamos que los avances evidenciados, constituyen una herramienta para la construcción de la cultura de paz. El nuevo instructivo incluye estas herramientas que no son las únicas ni suficientes.

Concluyo con un reconocimiento a la sociedad civil de este país, constituida por fundaciones, instituciones y organizaciones, que se abanderan de los MASC cuya intervención responsable constituye un pilar importante en el fortalecimiento de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos y me ratifico que la mediación como paradigma no confrontativo conduce a mejorar la convivencia fortaleciendo las relaciones interpersonales entre los miembros de la comunidad.

Olivia Cortez Bonilla. Abogada Mediadora. Magíster en Derecho de Familia: Mención Mediación y Arbitraje. Especialista en Derechos Humanos-Universidad Andina Simón Bolívar. Diplomado en Desarrollo Social- Tecnológico de Monterrey México; Diploma Mediación y Negociación de Conflictos ambientales-FLACSO Argentina; Docente Universitaria: PUCE; UNIANDES; invitada por la OEA al Primer Curso de Género y Conflictos en la Región Andina-Perú; Pasantías internacionales. Experiencia en asesoría y creación de Centros de Mediación; Formación, capacitación y entrenamiento a mediadores. Exconsultora del Programa Nuestros Niños-BID-MBS.