



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI**

**DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**MODALIDAD: PROYECTO DE TITULACIÓN CON COMPONENTES  
DE INVESTIGACIÓN APLICADA Y/O DE DESARROLLO**

**Título:**

---

**MEDIACIÓN OBLIGATORIA COMO REQUISITO  
PREVIO AL INICIO DE UN PROCESO JUDICIAL**

---

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de  
Magister en Derecho Constitucional

**Autor:**

Copara Teca Edwin Vinicio Abg.

**Tutor:**

Vásconez Fuentes José Luis Mg.

**LATACUNGA - ECUADOR**

**2023**

## **APROBACIÓN DEL TUTOR**

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “Mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial” presentado por Copara Teca Edwin Vinicio, para optar por el título magíster en Derecho Constitucional.

### **CERTIFICO**

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y se considera que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación para la valoración por parte del Tribunal de Lectores que se designe y su exposición y defensa pública.

Latacunga, junio de 2023

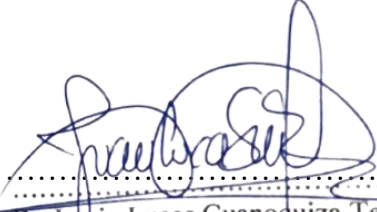


.....  
Dr. José Luis Vásquez Fuentes Mg.  
C.C. 1802923308

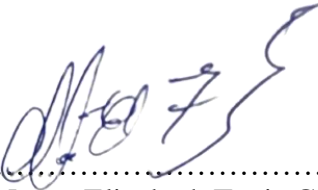
## APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación: Mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional; el presente trabajo reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la exposición y defensa.


Latacunga, junio de 2023



.....  
Dr. Lenin Lucas Guanoquiza Tello Mg.  
C.C. 1716622939  
Presidente del tribunal



.....  
Dra. Nancy Elizabeth Tapia Gaibor Mg.  
C.C. 0502212855  
Lector 2



.....  
~~Dr. Emilio José Almache Soto Mg.~~  
C.C. 1721045217  
Lector 3

## **DEDICATORIA**

Dedicado a mi amada esposa Lizita y mis queridos hijos  
Jeremmy y Matías, quienes son el motor de mi vida,  
la inspiración más grande para ser mejor día a día  
y por quienes todo sacrificio es imperecedero.

**“EDVI”**

## **AGRADECIMIENTO**

Mi más profundo a agradecimiento a mi padre celestial por permitirme plasmar en realidad todos mis sueños y anhelos; así mismo, mi agradecimiento sincero al Alma Mater de Cotopaxi, por la oportunidad brindada para ser parte de la I Cohorte de la Maestría en Derecho Constitucional. Mi imperecedera gratitud a mis maestros, profesionales de gran valía quienes compartieron sus conocimientos; y, finalmente mi sincero reconocimiento a mis compañeros, con quienes intercambiamos valiosos conocimientos y experiencias, mismos que nos permitieron ser mejores seres humanos y profesionales.

Edwin Vinicio Copara

## **RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA**

Quien suscribe, declara que asume la autoría de los contenidos y los resultados obtenidos en el presente Trabajo de Titulación.

Latacunga, junio de 2023



.....  
Abg. Edwin Vinicio Copara Teca  
0401060454

## **RENUNCIA DE DERECHOS**

Quien suscribe, cede los derechos de autoría intelectual total y/o parcial del presente trabajo de titulación a la Universidad Técnica de Cotopaxi.

Latacunga, junio de 2023

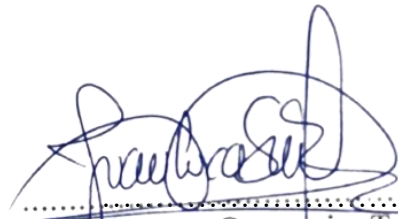


.....  
Abg. Edwin Vinicio Copara Teca  
0401060454

## **AVAL DEL PRESIDENTE**

Quien suscribe, declara que el presente Trabajo de Titulación: Mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial, contiene las correcciones a las observaciones realizadas por los miembros del tribunal en la predefensa.

Latacunga, junio de 2023



.....  
Dr. Lenin Lucas Guanoquiza Tello Mg.  
C.C. 1716622939



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI  
DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Título: Mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial.**

**Autor:** Copara Teca Edwin Vinicio

**Tutor:** Vásquez Fuentes José Luis, Mg.

**RESUMEN**

Desde el apareamiento del ser humano, éstos se han visto inmersas en múltiples tipos de conflictos, debido a la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades; estas desavenencias son consideradas connaturales en la convivencia social. La falta de comunicación generar desavenencias y son las partes en conflicto quienes de forma directa deben buscar una solución, deponiendo posiciones y percepciones sobre las personas y centrando su atención directa en el problema. Uno de los retos de los Derechos Humanos del siglo XXI, es lograr una sociedad donde se haga efectiva una cultura de paz y libertad. Para esto ha exhortado a los Estados a buscar nuevas formas de resolver los problemas y gestionar un conflicto, lo cual se lo viene realizando a través de los métodos alternativos de solución de conflictos. La mediación, es el método más idóneo para lograr la solución pacífica de los conflictos; el problema planteado se ha analizado desde su carácter facultativo, de tal forma que la investigación realizada, considera la posibilidad de implementar la mediación prejudicial obligatoria antes del proceso judicial, a fin de garantizar el acceso a la justicia y hacer efectivos los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, a través del estudio del derecho comparado de varios países, permitiendo visualizar la factibilidad de su aplicación, ya que el principio de voluntariedad no se vería afectado, puesto que son las partes en conflicto, las que deciden permanecer en la mediación y lograr o no un acuerdo construido a la medida de sus legítimos intereses.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación; mediación obligatoria; litigio, cultura de paz, acceso a la justicia; celeridad, economía procesal.

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI  
DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Title: MANDATORY MEDIATION AS A PREREQUISITE FOR THE START OF A JUDICIAL PROCESS.**

**Author:** Copara Teca Edwin Vinicio Abg.

**Tutor:** Vásconez Fuentes José Luis Mg.

**ABSTRACT**

Since the appearance of human beings, they have been immersed in multiple types of conflicts, due to the search for the satisfaction of their needs; these disagreements are considered connatural in social coexistence. The lack of communication generates disagreements and it is the parties in conflict who must directly seek a solution, putting down positions and perceptions about people and focusing their direct attention on the problem. One of the challenges of Human Rights in the 21st century is to achieve a society where a culture of peace and freedom becomes effective. For this it has urged States to seek new ways to solve problems and manage a conflict, which is being done through alternative methods of conflict resolution. Mediation is the most suitable method to achieve the peaceful solution of conflicts; the problem posed has been analyzed from its optional nature, in such a way that the research carried out considers the possibility of implementing mandatory preliminary mediation before the judicial process, in order to guarantee access to justice and to make effective the principles of efficiency, celerity and procedural economy, through the study of the comparative law of several countries, allowing to visualize the feasibility of its application, since the principle of voluntariness would not be affected, since the parties in conflict are the ones who decide to remain in the mediation and achieve or not an agreement built to the measure of their legitimate interests.

**KEYWORD:** Mediation; mandatory mediation; litigation, culture of peace, access to justice; speed, procedural economy.

Daniela Belén Tapia Freire, con cédula de identidad número: 0503153454, LICENCIADA EN CIENCIAS DE LA EDUCACION MENCION INGLES con número de registro de la SENESCYT: 1020-09-947237; **CERTIFICO** haber revisado y aprobado la traducción al idioma Inglés del resumen del trabajo de investigación con el título: Mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial de: Edwin Vinicio Copara Teca, aspirante a magister en Derecho Constitucional.

  
.....  
Daniela Belén Tapia Freire Mg.  
0503153454

Latacunga, junio de 2023

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

Introducción.....	1
Justificación .....	3
Planteamiento del problema.....	4
Hipótesis o preguntas de la investigación.....	5
Objetivos de la investigación .....	6
Objetivo General.....	6
Objetivos Específicos.....	6
CAPÍTULO I. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA .....	7
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	7
Arbitraje .....	8
Conciliación.....	9
Mediación.....	9
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO DERECHOS HUMANOS DEL SIGLO XXI. ....	11
MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL. ....	16
Mediación.....	16
CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN.....	20
MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL DERECHO COMPARADO. ....	20
Legislación Argentina .....	21
Legislación Chilena .....	25
Legislación Española .....	26
Legislación de Estados Unidos de América.....	27
Legislación ecuatoriana.....	30
MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ECUADOR.....	33
PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD.....	38
VENTAJAS DE LA MEDICIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ....	45
ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS.....	48
PRINCIPIO DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL. ....	53
CONCLUSIÓN.....	57
CAPÍTULO II. MATERIALES Y MÉTODOS .....	58
Modalidad o enfoque de la investigación: .....	58

Tipo de investigación: .....	58
Método inductivo:.....	58
Método Exploratorio:.....	59
Método exegético: .....	59
Método comparado: .....	59
Técnicas e instrumentos de recolección de datos:.....	59
Entrevista: .....	60
Diario de campo: .....	60
CONCLUSIÓN.....	61
CAPÍTULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	62
RESULTADOS:.....	62
DISCUSIÓN: .....	68
CONCLUSIÓN.....	71
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	72
CONCLUSIONES .....	72
RECOMENDACIONES .....	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

## Introducción

En el Ecuador, la Constitución de la República en su artículo 190 reconoce los medios alternativos de solución de conflictos en materias en las que por su naturaleza se puede transigir; así mismo, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, **procuran un acuerdo voluntario**, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. En base a esta normativa del derecho positivo ecuatoriano, el problema a investigar se centra en la hipótesis de la aplicación de la mediación prejudicial con el carácter de obligatorio, constituye una de los nuevos paradigmas dentro del acceso a la justicia, analizando si el carácter de obligatoriedad se contrapone a la voluntariedad y si su aplicación obligatoria resultaría efectiva; de igual forma, se estudiará la mediación impulsada de oficio y la posible contradicción al principio de voluntariedad, ciñéndonos a los beneficios y ventajas que posee la mediación en el acceso a la justicia y en hacer efectivos los derechos de los ciudadanos que se encuentran inmersos en un conflicto de una forma más ágil y rápida, procurando reducir el desgaste emocional y económico que originan un proceso judicial.

Se realizaremos un estudio y análisis de doctrina y normas del derecho comparado, tomando en consideración países como: Argentina, Chile, España y Estados Unidos; países donde la aplicación de la obligatoriedad de la mediación han dado resultados muy positivos, no solo en lo referente al acceso a la justicia y en hacer efectivos los principios de celeridad y económica procesal de los intervinientes en el proceso de mediación, sino que estos se extienden a la administración de justicia de juzgados y tribunales, ya que la mediación prejudicial obligatoria permite descongestionar la cantidad de procesos judiciales, en virtud de que existen ciertos conflictos que pueden ser solventados más raídamente en los centros de mediación, lo cual reduce la carga procesal y permite que los procesos judicializados se puedan resolver con mayor prontitud.

La investigación realizada permitirá resumir de forma sistémica la necesidad de aplicabilidad de la mediación prejudicial obligatoria y los beneficios que se

propenden obtener en la administración de justicia y en la solución de conflictos no judicializados, buscando mantener una cultura de paz y diálogo, pero sobre todo garantizando el ejercicio pleno de los derechos y principios constitucionales.

Actualmente se ha impulsado por parte del Estado, que el Consejo de la Judicatura asuma nuevos retos en la administración de justicia, esto es ampliar la aplicabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos como un medio que garantice el acceso a la justicia como un fin y una política pública, entendiendo que la solución de controversias no siempre debe pasar por su judicialización, sino más bien debe centrarse en el fortalecimiento de una cultura de diálogo y solución pacífica, donde la mediación propenda la solución cooperativa y se tome mayor énfasis a la participación directa de las partes en conflicto, se reduzcan los niveles de confrontación buscando siempre el bien común.

La investigación propuesta busca responder diversas interrogantes relacionadas con el accionar de la administración de justicia y los centros de mediación, el análisis de las ventajas y desventajas de los procesos adversariales frente a la mediación de oficio, la mediación prejudicial obligatoria y lógicamente contrapuesta a la mediación voluntaria y facultativa de las partes en conflicto.

Si bien es cierto la mediación tal como se encuentra concebida bajo el principio de voluntariedad ha generado valiosos resultados, todavía mantiene muchos desafíos en los que hay que armonizar, no solo las materias que son susceptibles de mediación, sino también en sus alcances, limitaciones y sobre todo en el reconocimiento de su valía, tanto por parte de los involucrados dentro de un conflicto y en el uso adecuado que deben propender los profesionales del derecho, dejando de lado los temas netamente litigiosos y propender en los demás una cultura de solución armónica de las controversias de una forma conciliadora. De tal forma de se debe partir de un arduo trabajo socializador, en el cual se den conocer y se divulguen las bondades de la mediación, permitiendo que tengan una legitimación social más allá de la voluntariedad en su acceso, sino logrando dicha voluntariedad en el proceso de mediación, buscando su permanencia dentro de éste a fin de lograr una solución acorde a los intereses de las partes; es así que, es necesario que el sistema de justicia vinculen directamente la comparecencia prejudicial obligatoria

a la mediación ya que su inserción y aceptación cultural deben lograrse a través de la gratuidad total de dicho servicio, controlando fuertemente la calidad y profesionalismo de los mediadores a través de una formación técnico-profesional adecuada y especializada, tutelando a través de esto una adecuada tutela judicial de los derechos, un acceso a la justicia y efectivizando los principios de celeridad y economía procesal.

### **Justificación**

La Mediación constituye uno de las herramientas más utilizadas dentro de los métodos alternativos de resolución de conflictos a nivel global, a pesar de ser conocida no ha sido utilizada de forma masiva, el desconocimiento de los beneficios que brinda la mediación en la agilidad de lograr una solución a las controversias generadas por las partes en conflictos, permite que no haya ganadores ni perdedores, sino que se satisfagan las necesidades e intereses de las partes con agilidad y rapidez, haciendo efectivo el principio de celeridad, tutela efectiva de los derechos y economía procesal, contribuyendo significativamente con la descongestión de la carga procesal judicial.

El desarrollo social en América Latina avanza a pasos agigantados, se incorpora a un mundo globalizado en donde el ejercicio de los derechos se ven afectados por diferentes razones, una de ellas es la satisfacción de sus condiciones de vida, lo cual propulsa la aparición de controversias con sus semejantes y la necesidad de resolverlos de forma rápida y con la satisfacción de ambas partes. Al someter los conflictos al sistema de judicial, se encuentran con múltiples limitaciones, iniciando desde la necesidad de ser representado por un profesional del derecho, el uso de recursos económicos que generalmente le son insuficientes, la utilización de tiempo excesivamente muy elevados y que por su actividad laboral no lo tiene, enfrentarse a un gran desgaste emocional que lastiman las relaciones interpersonales y muchas de las veces, en razón de la carga procesal de los juzgados las partes en conflicto dejan de lado sus pretensiones y queda el proceso en abandono.

En el Ecuador la Constitución de la República establece la mediación, el artículo 190 hace referencia a que se reconoce el arbitraje, la mediación y otros

procedimientos alternativos para la solución de conflictos en materias que sean transigibles. La mediación se ha constituido en una vía que sin ser un proceso judicial, brinda una solución de sentencia de última instancia y cosa juzgada, siempre y cuando exista de forma expresa la declaratoria de voluntad de las partes.

La Ley de Arbitraje y Mediación promulgada el 4 de septiembre de 1997 en su artículo 43, define a la mediación como: *“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”* (Ley de Arbitraje y Mediación). Es claro determinar que al tener un reconocimiento constitucional y legal, la mediación se constituye como un mecanismo o vía legal para resolver controversias entre las partes, conflictos que obligatoriamente sean susceptibles de transacción donde se procura un acuerdo voluntario, ya que al determinar que el acuerdo es voluntario, se podría manifiesta que el acceso inicial puede ser obligatorio.

La mediación obligatoria constituiría un método idóneo y eficaz que permitiría garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las partes en conflicto y poner fin a una controversia, no solo en el ámbito de tutelar el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo de sus derechos; sino que, también contribuiría a la reducción de los procesos judiciales y la descongestión de la carga laboral de los juzgados, ya sea que el acceso a mediación sea de forma directa o a través de derivación, lo cual permitirá hacer efectivos los principios de acceso a la justicia, tutela efectiva de los derechos, eficacia, celeridad y economía procesal.

### **Planteamiento del problema**

¿Cómo la falta de aplicación de la mediación obligatoria, puede lesionar el derecho al acceso a la justicia, la tutela efectiva de los derechos, la celeridad y la economía procesal?



## **Hipótesis o preguntas de la investigación**

La aplicación de la mediación con el carácter de obligatorio como requisito previo al inicio de un proceso judicial, constituye una de los nuevos paradigmas dentro del acceso a la justicia, éste carácter de obligatoriedad del método alternativo de resolución de conflictos pretende hacer efectivo el principio de tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos que se encuentren inmersos dentro de un conflicto de una forma más rápida y ágil, evitando un proceso judicial innecesario y garantizando el principio de celeridad y economía procesal.

Actualmente el ciudadano se ha acostumbrado a la judicialización de sus conflictos, en la cual las partes se enfrentadas a procesos judiciales que en la mayoría de los casos y debido a la carga procesal de los juzgados resultan muy extensos y muchas de las veces no son adoptados por voluntad propia, sino que son alentados y motivados por terceros. En el Ecuador los procesos judiciales se regulan en función de los plazos y términos, mismos que no se cumplen en razón de la carga laboral de los juzgados, lo cual implica que se deba esperar una gran cantidad de tiempo hasta alcanzar una resolución o sentencia que ponga fin al proceso, de tal manera que se busca la posibilidad de implementar la mediación obligatoria como un mecanismo eficaz de acceso a la justicia mismo que beneficiaría no solo a las partes en conflicto, sino también al Sistema de Justicia ya que se evitaría el uso de recursos económicos y administrativos de la administración de justicia y por ende del estado ecuatoriano.

La incorporación dentro de la legislación ecuatoriana de la mediación obligatoria como un requisito previo a la presentación de una demanda judicial, además de hacer efectivo el derecho al acceso a la justicia y la tutela de los derechos; permitiría además, garantizar los principios de eficacia, celeridad y economía procesal.

## **Objetivos de la investigación**

### **Objetivo General**

- Analizar si la mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial, constituye un mecanismo eficiente para el acceso a la justicia y garantice el ejercicio efectivo de los principios constitucionales.

### **Objetivos Específicos**

- Investigar la aplicabilidad de la mediación obligatoria previa al inicio de un proceso judicial, desde el punto de vista doctrinal y jurídico del derecho comparado, mismo que garantice los principios de acceso a la justicia, tutela efectiva de los derechos, celeridad y economía procesal.
- Analizar si la aplicación de la mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial en la legislación ecuatoriana, vulnera el principio de voluntariedad de las partes.
- Identificar las ventajas que brinda la mediación obligatoria, como uno de los métodos más idóneos de solución de conflictos y como una alternativa eficaz y eficiente a un proceso judicial.

## **CAPÍTULO I. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

### **MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

De forma general al hablar de conflicto las personas lo asemejan a una batalla, no es positivo ni negativo, no se lo puede relacionar como algo bueno o malo, sino debe ser considerado como una oportunidad que tienen los seres humanos de forma individual o colectiva para obligarse a tomar decisiones.

Los problemas son connaturales del ser humano y de la convivencia social, es decir los conflictos son inevitables ya que al ser las personas entes sociales por naturaleza, los conflictos están presentes en las relaciones humanas interpersonales de todos los individuos de la raza humana, de tal manera que es necesario que quienes forman parte de un conflicto los afronten de manera positiva a fin de mejorar sus relaciones sociales y por ende su vida y las de las demás personas. En ciertos casos, la forma de afrontar los conflictos no siempre son los más adecuados, de tal forma que éstos escalan y generan un problema mayor, si nos son atendidos a tiempo, ya que el modo y la forma con la que debieron ser atendidos generaron resultados negativos a los involucrados.

Un conflicto se puede definir como “una situación de tensión en la que dos o más personas, o grupos, que dependen el uno del otro o necesitan el uno del otro, divergen en opiniones, intereses, intenciones, planos de acción, etc., que son importantes para la cooperación o convivencia y sobre los cuales se debe tomar una decisión” (Carnap, 2001).

La definición antes indicada identifica a que pueden intervenir varias personas dentro de un conflicto; así mismo, hace referencia a que un pleito o discusión se produce entre personas que pueden tener algún tipo de relación o interés, es decir no son aspectos pasajeros entre personas desconocidas, sino entre personas que mantienen algún tipo de vínculo. Las diferencias existentes entre estas personas

afectan sus vínculos colaborativos y la toma de decisiones relacionados a asuntos que les afecta a las dos partes, ya que poseen necesidades o interés diferentes, mismos que si son abordados de forma positiva y profesional producirán resultados positivos donde prime la voluntad de las partes y un acuerdo construido a medida de las partes en donde se logre un beneficio mutuo en donde no exista ganadores ni perdedores.

Los conflictos o controversias pueden resolverse a través de métodos alternativos de resolución de conflictos no judiciales, de forma general se hace referencia a cuatro procedimientos: 1) el arbitraje, 2) la conciliación, 3) la mediación y 4) la negociación.

Dentro de los métodos señalados en los tres primeros numerales, es necesario la intervención de un tercero imparcial que ayuda a la búsqueda de soluciones al conflicto, gestionando el diálogo entre las partes, pero la solución al conflicto se obtiene directamente de las partes sin intervención del tercero; en cambio la negociación, es conducida directamente por las partes involucradas, sin depender de otro. Dependiendo del nivel que haya alcanzado el conflicto y de la voluntad de las partes involucradas, se puede utilizar un método u otro.

Conceptualizaremos brevemente algunos de los métodos antes indicados:

### **Arbitraje**

Es uno de los métodos de resolución de conflictos en el que las partes implicadas en un conflicto eligen a un “tercero neutral”, denominado árbitro, para que sea él o ella quien resuelva sus desacuerdos, dentro de éste método las partes deben aceptar la solución que el árbitro determine. El árbitro es la persona que a través de diversas técnicas escucha a las partes, revisa las pruebas que se le presentan, una vez escuchada las partes y valoradas las pruebas se emite una sentencia arbitral que es obligatoria para las partes.

Las ventajas del arbitraje son:

- Las partes acuden voluntariamente.

- Las partes pueden elegir la o el árbitro o en su defecto un tribunal arbitral.
- Las partes pueden elegir que procedimiento seguir (de derecho o de conciencia).
- Se presentan las garantías de un proceso privado, en cuanto a confidencialidad y rapidez

### **Conciliación**

En la conciliación las partes acuden también a un “tercero neutral” para que les ayude a solucionar el conflicto. La persona escucha los argumentos y formula los términos de un posible acuerdo que propone a las partes, quienes son libres de aceptar, rechazar o modificar la propuesta, generalmente la conciliación es propuesta dentro de los procesos judiciales por parte del juez quien es el que resuelve.

La conciliación puede ser usada como el primer paso para tratar de llegar a un acuerdo, de no ser posible se acude a un método más formal de arreglo, como puede ser el arbitraje.

La conciliación cuenta con una serie de ventajas que es importante rescatar:

- Tiene carácter voluntario y optativo.
- Las partes tienen la opción de elegir al conciliador.
- Ahorro de tiempo y dinero.

### **Mediación**

La mediación es un proceso en el cual dos o más partes en conflicto acuden a una tercera persona imparcial, quien facilita la comunicación entre las partes para la búsqueda de soluciones que sean satisfactorias para todas las dos partes involucradas.

Podemos establecer una diferencia básica y fundamental entre el proceso judicial y la mediación; en el primero, el sistema judicial formal procura finalizar un litigio con una mirada hacia atrás, a lo que ocurrió, lo que generó el conflicto, una búsqueda de la verdad que no siempre implica la solución del conflicto; en cambio

la mediación centra su atención en el futuro, con atención a la continuidad de la relación entre las partes, dirigiéndose hacia la indagación del conflicto existente como el verdadero problema a resolver.

Todo acuerdo alcanzado en la mediación dependerá sólo de la voluntad de las partes y tendrá el alcance que ellas determinen.

El mediador o mediadora no resuelve el conflicto ni emite una sentencia, ya que de lo que se trata es que las partes resuelvan sus propios conflictos de manera constructiva y aprendan a desenvolverse e interactuar de una manera cooperativa.

El cumplimiento del acuerdo no es obligatorio, por esta razón, si todas las partes quedan satisfechas con el arreglo al que se llegó, será más factible su cumplimiento. Cabe mencionar que existe la posibilidad de modificar el acuerdo si las personas así lo disponen. Pero, si bien el cumplimiento no es obligatorio, su incumplimiento puede generar que la parte afectada inicie en la vía judicial la ejecución del acuerdo al que habían arribado las partes de manera libre y voluntaria, ya que la mediación como derecho humano busca hacer efectivos los derechos de todos y todas, además de garantizar el acceso a la tutela efectiva de los derechos, la seguridad jurídica y el acceso a la justicia de forma efectiva y rápida.

Dentro de las principales ventajas de la mediación, podemos señalar las siguientes:

- La solución al conflicto proviene de las partes involucradas.
- Es flexible, permite adecuarla a las circunstancias y a las personas.
- No es formal, pero exige ciertos requisitos.
- Procura mantener relaciones, en vez de destruirlas.
- Permite buscar soluciones basadas en el sentido común.
- Si no se logra un acuerdo, permite al menos poner de manifiesto la posición de cada una de las partes.
- Los costos y el tiempo son mínimos (comparado con el sistema judicial).
- Tiene un enfoque interdisciplinario, pues el conflicto en ocasiones exige un abordaje múltiple lo que se concreta en la co-mediación ya que puede ser multipartes.

## **MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO DERECHOS HUMANOS DEL SIGLO XXI.**

El establecimiento de un mundo globalizado, ha permitido un desarrollo social permanentemente en movimiento, su evolución es dinámica y continua, los seres humanos buscan permanentemente renovarse y demandan a cada uno de sus estados el ejercicio efectivo de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades, ser escuchadas cuando demandan del estado una respuesta a ciertas disputas o conflictos generados por sus semejantes, de tal manera que requieren un acceso a la justicia como un derechos humano.

Según la Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, el acceso a la justicia “es también el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados.” (ONU, 2016, pág.19)

La Organización de Estados Americanos (OEA), a partir del año 1997, mediante reuniones periódicas, de los Ministros o Procuradores Generales de las Américas, recomendó la incorporación de métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC) para la modernización, fortalecimiento, perfeccionamiento y mejoramiento de los sistemas nacionales de administración de justicia. (OEA, 2000).

De igual manera impulsó a los estados miembros a “promover, de conformidad con sus respectivas legislaciones, la inclusión en programas de educación de elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación y otros mecanismos idóneos para el tratamiento de conflictos orientados a fortalecer la convivencia armónica y el desarrollo de una cultura de paz y de derechos humanos” (OEA, 2000, p. 3).

El estado ecuatoriano reguló a través del derecho positivo a partir del año 1997, los métodos alternativos: el arbitraje y la mediación; posteriormente el reconocimiento se lo hizo a nivel del texto constitucional en el año 2008. Con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador, misma que se encuentra vigente, el

estado ecuatoriano inició un proceso de armonización de la legislación con la normativa constitucional, lo que permitió la incorporación de los medios alternativos de, en los ámbitos: civil, penal, tránsito, laboral, niñez y adolescencia.

A partir de la promulgación de la Constitución de la Republica de 2008, se inició con el registro y apertura de Centros de Mediación y Arbitraje, varios de ellos adscritos al Consejo Nacional de la Judicatura, quienes se encargan de llevar un control y registro de los casos sujetos a mediación, además de la difusión y sociabilización de los métodos alternos a un proceso judicial para resolver controversias, los cuales han tenido un impacto aceptable. A raíz del confinamiento producido por el Covid-19, se ha evidenciado un incremento muy significativo en los casos resueltos en los Centros de Mediación ya sea a través de solicitud directa o a través de derivación por parte de la fiscalía o las unidades judiciales. A través de la investigación descriptiva realizada, analizaremos la necesidad de la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria, como un medio que permita mejorar el acceso a la justicia en el estado ecuatoriano y hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal.

Los continuos cambios y desarrollos sociales han incidido directamente en las relaciones interpersonales, ha sufrido cambios el desenvolvimiento personal en los problemas sociales, cada vez son más los conflictos que se generan entre las personas a fin de asegurar sus derechos y lograr satisfacer sus necesidades e intereses, tanto es así que la forma que han buscado para que se respeten sus derechos, es acudir a la justicia ordinaria a fin de judicializar sus problemas y requerimientos y buscar del órgano administrativo de justicia una respuesta que garantice el ejercicio efectivo de sus derechos.

Desde la década de los 80, la administración de justicia ha venido perdiendo, los sectores populares y sociales, han cuestionado el accionar de los tribunales y juzgados en todos los países de Latinoamérica, dentro de los principales cuestionamientos se encuentran: a) el incumplimiento de los términos legales previstos en las diferentes legislaciones, para la resolución de las causas; b) los costos que representa la litigación para las partes involucradas en el proceso; y, c)



el aumento de la demanda del servicio en los tribunales y juzgados, como consecuencia de la complejidad propia de la sociedad existente.

Ante esto, organizaciones como los Estados Americanos, (OEA) a partir de la primera reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales (Buenos Aires, 1997) recomendaron: “Propiciar la incorporación de métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas nacionales de administración de justicia”.

En la Segunda Cumbre de las Américas (Santiago de Chile, 1998) un año después, la recomendación se hizo en el sentido de: “Desarrollar mecanismos que permitan el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular a aquellas de menores ingresos, adoptando medidas que doten de mayor transparencia, eficiencia y eficacia a la labor jurisdiccional.

En este contexto los países miembros se comprometieron a promoverán, desarrollarán e integrarán el uso de métodos alternativos de solución de conflictos en el sistema de justicia". En la Segunda Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas (Lima, Perú, 1999), la recomendación fue continuar con la incorporación de medios alternativos de resolución de conflictos en sus sistemas de justicia.

La Tercera Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas (San José, Costa Rica, 2000), con la finalidad de mejorar el acceso a la Justicia, recomendó la resolución alternativa de conflictos y otros mecanismos, a través de: a) la promoción y el uso de métodos alternativos de solución de conflictos, para proveer canales judiciales y extrajudiciales ágiles y expeditos que contribuyan al desarrollo democrático; b) la cooperación de los Estados Miembros de la OEA con experiencia en la en el desarrollo y promoción de estos mecanismos alternos; c) en las labores de cooperación jurídica que desarrolla la Secretaría General de la OEA, se promueva el desarrollo y ejecución de programas de cooperación tendientes a fomentar el uso de los métodos alternos de solución de controversias, en coordinación con entidades que trabajan en este campo en los países de las Américas; y, d) la promoción, de conformidad con sus respectivas legislaciones, la inclusión en programas de educación de elementos que fomenten

la utilización del diálogo, la negociación, la mediación y otros mecanismos idóneos para el tratamiento de conflictos orientados a fortalecer la convivencia armónica y el desarrollo de una cultura de paz y de derechos humanos.

Con los antecedentes expuestos, el Consejo Permanente de la OEA, (2001), según consta en el informe preparado por el Grupo Especial, encargado de dar cumplimiento a las Recomendaciones de las reuniones de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas, considera que los métodos alternativos constituyen una opción institucional de acceso y mejoramiento a la justicia con la finalidad de garantizar una convivencia pacífica. En el informe se presenta un estudio realizado a nivel de los países miembros de la OEA, sobre conciliación, mediación y arbitraje, como métodos alternativos de resolución de conflictos para la modernización del sistema de justicia y el mejoramiento en el acceso, como complementarios para la justicia en los diferentes países. De un total de 9 países consultados, en la mitad de ellos el reconocimiento es constitucional y en otros a nivel de leyes; siendo más reciente la inclusión de la conciliación y la mediación que del arbitraje. Se evidencia en algunos casos la inexistencia y en otros la insuficiencia de programas y políticas públicas que logre la legitimación social y cultural de los métodos.

Posteriormente, el tema de acceso a la justicia a nivel de países Americanos, fue tratado en los años 2002, 2003 y retomado en el año 2007. En el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General, (CIJ) (2008), el relator en materia de acceso a la justicia, doctor Freddy Castillo señaló que el término acceso a la justicia comprende el principio fundamental, que es el derecho a la justicia en sí mismo, como un valor que supera las formalidades procesales e institucionales para permitir al hombre común insertarse en el contexto de su ciudadanía. Así mismo, se presentó el documento: El acceso a la justicia: consideraciones preliminares, que señala que el acceso a la justicia no se limita a la actividad judicial y se presentan diez principios con el objetivo de orientar la forma en que el CIJ debería abordar el tema del acceso a la justicia, que sobre mecanismos alternativos señalan:

La democratización del sistema judicial no se contrae al acceso igualitario. Implica, además, una mayor participación social en su manejo. El monopolio de la justicia legítima por parte del Estado no es incompatible con formas de autocomposición social o comunitaria.

La Organización de las Naciones Unidas (2015), con la participación de los 193 estados que la conforman, lanzaron los objetivos de desarrollo sostenible, enfocados en el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. En el objetivo 16, el compromiso se encamina a: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”, con lo que, la obligación que tiene el estado de tutelar los derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y apoyen otras formas de solución de conflictos que de acuerdo con la naturaleza del conflicto son más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos porque posibilitan y mejoran la relación futura de las partes (**Álvarez y Highton, 2001**).

Por tanto, los métodos alternos deben complementar el sistema de justicia, ofreciendo así a las partes la posibilidad de acceder a ellos, con el objetivo de fomentar una cultura de paz y un acceso a la justicia eficaz, responsable e inclusiva.

Por consiguiente, a más de considerar las deficiencias del servicio de justicia como el fundamento para la incorporación de los MARC en la resolución de conflictos, “también se debe mejorar la calidad de las decisiones, lo que está directamente relacionado a la participación de las partes en la resolución de su controversia, como ocurre en un sistema cooperativo como la mediación, lo que además, facilita el establecer relaciones permanentes entre las partes, quienes son parte activa en la solución de sus conflictos y no son afectadas por una resolución impuesta por un tercero.” (**Paredes, 2012**)

## **MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL.**

### **Mediación**

Existen múltiples definiciones doctrinarias y judiciales sobre la mediación, pero podemos manifestar de forma general que puede definirse como un sistema de negociación asistido, por medio del cual, los participantes o individuos involucrados en un conflicto, pretenden resolver un problema proponiendo una lluvia de ideas, para que un tercero imparcial actúe en calidad de mediador y conduzca la sesión, socorriendo a las personas que integren la reunión para que encuentre una solución satisfactoria para ambas partes.

De lo manifestado se puede deducir que es imprescindible contar con la participación dentro de un proceso de mediación con un mediador calificado, tal como lo manifiestan algunos autores al mencionar que un mediador realiza: “Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados.” (Sánchez, 1987. Págs. 189 - 224)

Ante lo dicho, claramente podemos entender que al hablar de un mediador, es un ente pasivo dentro del conflicto, mismo que gestiona la comunicación entre las partes y favorece el diálogo entre ellas, pero que no resuelve el problema, sino son las partes en sí, quienes encuentran una solución amigable extrajudicial a un conflicto en concreto, en donde la decisión que se adopte no afecte a las partes.

Los mediadores de ninguna forma son jueces ni árbitros, no son los llamados a buscar e imponer una posible solución, no emiten criterio propio sobre la verdad de los hechos a favor de uno u otro, lo que pretende es buscar satisfacer las necesidades de las partes en conflicto guiando, regulando el proceso de comunicación asertiva entre las partes a través de una escucha activa, conduciendo la audiencia de mediación de una forma sencilla y no formalista pero con ciertos parámetros y reglas que permitan la colaboración de los intervinientes y logrando la participación activa y equitativa de las partes a fin de lograr y llegar una solución en la que todos puedan ganar o en su defecto, queden satisfechos con el acuerdo generado, el advenimiento o acuerdo al que arriben las partes es voluntario, sin

ningún tipo de coacción o vicios a su consentimiento, confidencial y al cual han llegado las partes a través del diálogo.

Es preciso aclarar que los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos no se utilizan para aplicar en todos los problemas estructurales de la sociedad, sino solo en aquellos que sean susceptibles de transacción y conciliación;

La Mediación como procedimiento de solución de conflictos “La Mediación consiste en la utilización de un conjunto de mecanismos técnicos que permitan la resolución alternativa del conflicto, además de alcanzar en forma pacífica acuerdos consensuados sobre diferencias a satisfacción de los participantes.”(DUPUIS, 2001)

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

### **Proceso Judicial**

Al hablar de proceso judicial, nos referimos a aquella acción en la que toma protagonismo el estado a través de sus distintas instituciones en la cual se busca que las partes, llámense actor y demandado y las terceras interesadas, tienden a lograr la aplicación de una norma del derecho positivo a un caso en concreto y controvertido para solucionarlo.

El proceso judicial se constituye en el medio legalmente reconocido y constituido para lograr satisfacer los intereses jurídicos de las partes en litigio; dependiendo del contexto y del momento, el proceso judicial puede tener diferentes acepciones: a) **momento constitucional**, cuando el debido proceso es el instrumento constitucionalmente previsto para la tutela efectiva de los derechos legítimos de las partes; y, b) **momento dinámico o procesal**, cuando el proceso tiene un contenido concreto y se trata de un proceso específico, que es la articulación que facilita el desarrollo de la función jurisdiccional. Cuando hablamos de proceso judicial o juicio hacemos referencia a lo mismo, pero mientras el juicio se refiere a la acción

de juzgar, el proceso hace referencia al medio empleado; c) **los actos de jurisdicción voluntaria**, se caracterizan por la ausencia de contradicción y por lo tanto, el carácter no litigioso de las causas. Engloba distintos procedimientos en los que el órgano jurisdiccional no emite un pronunciamiento sobre el fondo de un asunto ni ejercita potestad jurisdiccional, por ello la resolución que se dicte no produce efectos de "cosa juzgada".

La distinción entre estas dos últimas categorías, si bien viene manifestada externamente por la autoridad de la cosa juzgada, desde el punto de vista de fondo, vienen separadas no por la idea de presencia o ausencia de conflicto, sino por la idea de actuación del derecho en el caso particular, ante la imposibilidad de dar solución al problema por los particulares o involucrados directamente, frente a la actuación judicial tendiente a completar o perfeccionar una relación imperfecta o incompleta.

El proceso judicial prevé varias características:

1. La fase de prueba, en la cual se declara abierto el período, plazo o término en que deben proponerse y practicarse aquellas pruebas que convengan al derecho de las partes.
2. El Objeto, ya que se dirige a resolver una cuestión específica o un caso en concreto, la cual admite la discusión de cuestiones secundarias, mismos que tendrán su propio procedimiento distinto al principal, ya que el proceso judicial puede envolver uno o varios procedimientos distintos.
3. Los fundamentos, dentro de éstos podemos tener las cuestiones o fundamentos de hecho y de derecho, el primero se refiere a los antecedentes fácticos de los cuales derivan los derechos reclamados o en disputa por las partes, mientras que los segundos hacen relación a la interpretación jurídica o aplicación de las normas que deben darse en relación directa a los hechos.
4. Iniciativa y resolución, el proceso se inicia cuando el demandante ejerza su acción en contra de otro o en ciertos casos al accionar de oficio, por iniciativa propia del juzgador, culminando en una sentencia o resolución judicial., en relación a dicho particular difiere al tratarse de un proceso judicial civil (laboral, contencioso administrativo, etc.) o penal, ya que en el

primero se aplica el principio dispositivo o de impulso realizada por las partes procesales, mientras que en el segundo, dicho impulso recae en el juez.

También es necesario considerar y tener en cuenta ciertos principios procesales, las cuales difieren según las legislaciones de cada uno de los estados, generalmente se contraponen, así tenemos: Bilateralidad y unilateralidad; de oficio y a instancia de parte; oralidad y escrituración; publicidad y secretismo; inmediatividad y mediatividad; contradictorio e inquisitivo; concentración y continuidad; formalismo y aformalismo; preclusión y elasticidad; economía procesal; y, buena fe procesal

De acuerdo a la Constitución ecuatoriana, el proceso judicial es una vía para la aplicación de la justicia, sometida a los principios de inmediación, oralidad, celeridad, buena fe, lealtad y economía procesal. Principios que no son simples enunciados, sino que son realidades procesales en el sistema de justicia, buscando simplificar las vías procesales, estableciendo la oralidad en todos los procedimientos judiciales; hacer efectivos los principios de lealtad y buena fe y alentando el uso de los métodos alternativos para la solución de controversias y fortalece la celeridad y la transparencia en la tramitación de las causas.

Es necesario saber que el proceso judicial no solo es una audiencia; sino que, es el espacio en donde se pretende lograr la búsqueda de la justicia en las audiencias, bajo la garantía de la oralidad como un mecanismo de agilidad y transparencia de la justicia.

En la actualidad el nuevo sistema procesal está comprometido con el respeto a los principios constitucionales, al ejercicio de una nueva justicia vinculada directamente con las aspiraciones de los ciudadanos, lo cual exige un cambio de paradigmas, buscando nuevos conocimientos necesarios en este mundo globalizado y en la construcción de una sociedad más igualitaria sujeta bajo una cultura de paz.

## **CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN.**

Una de las principales características dentro del proceso de mediación, es la interacción directa de las partes en conflicto a través de un proceso de dialogo y comunicación directa, la cual es la base fundamental para lograr concesos y acuerdos en un caso en concreto

De aquí es importante destacar “que todos los procesos de mediación se fundamentan en los principios básicos de voluntad, igualdad de las partes, imparcialidad, flexibilidad del proceso, confidencialidad y buena fe.” (Núñez, 2008)

Dentro de las principales características de la mediación se determina que:

- a) Es un procedimiento voluntario y confidencial, en el que las partes deciden sobre su conflicto en base a sus intereses.
- b) Es voluntaria, es decir, las partes concurren libremente; si una de ellas se niega a asistir, no hay mediación. Las partes no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación, éstas pueden dejarlo en el momento que deseen.
- c) Se puede solicitar una mediación en cualquier etapa de un juicio, siempre y cuando sea antes de una sentencia dictada por un juez.
- d) La mediación es posible en materia transigible. Es decir, en los asuntos en que la ley permite a las partes negociar y buscar una solución.
- e) Es extrajudicial, es decir, fuera del proceso judicial; sin embargo, cuando las partes firmen el acta de mediación, ésta tendrá efecto legal, esto es, como sentencia ejecutoriada.

## **MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL DERECHO COMPARADO.**

La medición prejudicial obligatoria se considera como un nuevo paradigma dentro de las legislaciones de los estados, a la cual algunos países de nuestro entorno, lo ven de menos y sin la importancia que poseen ya que consideran que el término obligatoria contradice los principios constitucionales y de derechos humanos,



considerándolo aparentemente improcedente; pero existen opiniones divididas, ya que mientras unos países lo consideran improcedente otros estados lo han incorporado dentro de sus normativas internas, obteniendo resultados positivos en su aplicación y mejorando la forma como los ciudadanos asumen el rol directo y protagónico en la solución de sus controversias y liberando notablemente los juzgados y tribunales de procesos que han sido resueltos en mediación y han garantizado el ejercicio efectivo de la tutela de sus derechos, el acceso a la justicia y la celeridad, principios que se han traspuesto a la administración de justicia dentro de los procesos judiciales, ya que el acceso obligatoria a medicación ha permitido solventar muchas causas que iban de forma directa a los juzgados y ocasionaban juicios innecesarios, retardo en el despacho de las causas, además de gastos económicos para los administrados y para el estado.

Uno de los principales beneficios y ventajas en la aplicación de éste método bajo la modalidad de obligatorio, es la rapidez de su aplicación y la obtención de una respuesta a medida de las partes y casi de forma inmediata, economizando no solo recursos económicos para las partes y el estado, sino también una reducción muy significativa en el tiempo empleado y sobre todo evitando un desgaste emocional innecesario.

Existen varios estados que han optado por aplicar este procedimiento de solución de conflictos de forma obligatoria, dentro de sus legislaciones internas, así tenemos a países como: Argentina, Chile, España y Estados Unidos, de las cuales hablaremos brevemente a continuación.

### **Legislación Argentina**

La mediación como método alternativo de solución de conflictos, en el estado Argentino, tiene sus inicios desde el año 1996, con una reforma y modificación realizada en el año 2010 con la promulgación de la ley 26.589, la cual establece de forma obligatoria la mediación previa a un proceso judicial.

El Estado Argentino, ha sido considerado como un baluarte en lo relacionado a la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos y de manera especial en la aplicación de los procesos de mediación entre las partes a fin de solventar de

forma efectiva una controversia, de tal forma que la mediación prejudicial obligatoria ha sido aceptada positivamente por todos los ciudadanos e incluso por los profesionales del derecho. En sus inicios la mediación ha sido criticada significativamente, de forma especial por los abogados en libre ejercicio quienes percibían a la mediación como un método en el cual se perdía el tiempo y no se obtenían resultados positivo y peor aún se lo veía como un método que lesionado su ejercicio profesional y ponía en peligro su actividad y por ende sus ingresos, ya que para que proceda la mediación no se requiere de patrocinio de un abogado. Al transcurrir el tiempo a partir del año 2012, la opinión de los ciudadanos y de los profesionales del derecho en relación a la mediación ha cambiado radicalmente, la mediación prejudicial obligatoria se ha constituido en una herramienta óptima para reducir el tiempo y lograr una respuesta a sus requerimientos; así mismo, ha permitido reducir los costos económicos que puede generar el iniciar un proceso judicial, pero sobre todo a generado un mayor grado de satisfacción de las partes, ya que son ellas quienes logran construir un acuerdo a medida de sus necesidades e intereses.

En el estado Argentino, en asuntos relativos a aspectos comerciales o civiles y en aspectos referente a familia, se requiere previo a iniciar un proceso judicial haber llevado a cabo un proceso de mediación en donde las partes deben haber comparecido, sin necesidad de que dentro de este procedimiento se haya arribado a un acuerdo, ya que esta acta de imposibilidad de mediación o falta de acuerdo (acta de cierre), habilita la vía judicial para que las partes ejerzan las acciones pertinentes dentro de un proceso judicial; las partes en conflicto no están obligadas a arribar a un acuerdo, ni a permanecer en éste; pero si están obligadas a acudir y presentarse a la primera intervención del mediador, la cual generalmente es de carácter informativo.

Entendiéndola de esta manera, la mediación prejudicial obligatoria se constituiría en un requisito previo o requisito de admisibilidad de la demanda vía judicial, lo cual supone que el acta de mediación debe presentarse como un requisito para que se habilite la instancia judicial; así mismo, se establece que debe existir el acompañamiento y asistencia letrada obligatoria, es decir, no su puede llevar a

efecto una audiencia de mediación sin la presencia de los abogados patrocinadores, teniendo como salvedad que si las partes arribaron a un acuerdo y desean mantenerlo, solicitarían un nuevo día y hora a fin de subsanar la falta de asesoramiento de un profesional del derecho.

Como parte de las políticas de transformación de los sistemas judiciales y profundización en una forma alterna de resolver conflictos, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, han instaurado e inaugurado la mediación prejudicial obligatoria en nueve localidades del estado, en donde se ha destacado que la mediación es una herramienta previa a la instancia judicial, en la cual las partes comparecen a fin de llegar a un acuerdo que ponga fin a un conflicto determinado.

Estas reformas se las hicieron considerando que en los tribunales el que decide es el juez, que le da la razón a una u otra de las partes, y siempre va a existir un ganador y un perdedor en un proceso judicial; al contrario de la mediación, ya que en éste método, no es un tercero el que decide, sino que son las propias partes las que se involucran y construyen una solución a su medida.

La experiencia argentina, en lo referente a la mediación prejudicial obligatoria ha verificado lo siguiente:

1. Es un medio idóneo para disminuir los procesos litigiosos y descomprimir los tribunales en al menos una tercera parte.
2. La obligatoriedad de la mediación prejudicial ha generado un cambio de paradigma que trascendió ampliamente el objetivo inicial de descomprimir los tribunales argentinos, pese a la resistencia inicial a su aplicación, en menos de un año género la aceptación y participación de la sociedad y de los profesionales del derecho.
3. La elección de un mediador, aunque sea a propuesta de la contraparte, es preferida a su designación por sorteo.
4. Los acuerdos de mediación alcanzados en este sistema son muy sustentables.

La nueva Ley de Mediación y Conciliación de Argentina, en su artículo 1 hace referencia a su objetivo la cual dice: “Se establece con carácter obligatorio la

mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.” **(Ley 26.589, 2010, Art. 1)**

Es necesario indicar que en materia de familia, se debe tomar en consideración la enseñanza universal sobre la familia, la cual dice que ésta constituye el núcleo esencial para el desarrollo personal de cada uno de los miembros que la componen y para toda la sociedad en su conjunto, de tal forma que constituye de interés público y general en donde se debe propulsar la solución pacífica de los problemas y propulsar una cultura de paz.

Acudir a instancias judiciales ante los tribunales a fin de procurar la solución de un conflicto de índole familiar no es necesaria ni comúnmente el método más acertado, ya que al ser la familia el elemento natural de la sociedad se debe propender a su protección, de lo cual deviene y se hace necesario establecer medios alternativos que permitan solventar los problemas que surjan en el ámbito de las relaciones parento filiales y sociales, buscando de esta manera una protección especial a los grupos más vulnerables

En Argentina, las estadísticas del Centro Público de Mediación demuestran también que gran parte de la población soluciona sus conflictos frente a frente, y con la asistencia de quien tenga preparación en la materia. Es alto el porcentaje de acuerdos arribados, en relación a la cantidad de mediaciones efectuadas.

Lo mismo sucede en conflictos civiles en donde se contraponen intereses familiares, de forma especial en aspectos de partición de bienes hereditarios, linderos, deudas, etc., en estos casos es cuando las partes solicitan y aceptan la intervención confidencial de una tercera persona ajena, neutral y calificada, denominada mediador, que trabajará con y para la consecución de un acuerdo justo, duradero y aceptable para los familiares en conflicto, en el sentido de mantener las responsabilidades de cada miembro de la familia, y especialmente con los más dignos de protección, cuales son los hijos.

## **Legislación Chilena**

La legislación chilena propulso la Ley 20.286, en la cual establecer la mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinadas materias de familia, misma que inicialmente se propulso a fin de descongestionar los tribunales de familia de Chile. Con esto se pretende efectuar un análisis crítico del mecanismo de mediación obligatoria en la legislación desde diversas perspectivas.

La mediación prejudicial obligatoria o involuntaria sostiene un número significativo de ventajas, así podemos manifestar que a través de la mediación obligatoria el acceso a la misma y la solución de problemas entre las partes es mayor que en aquellas en las que las partes asisten voluntariamente, en donde se ve claramente que un poco de presión contribuye a que las partes se sienten a dialogar en búsqueda de un arreglo que satisfaga sus intereses y necesidades, lo cual permite una reducción una solución con costos mínimos en mediación y además mejora la asignación y distribución de los recursos económicos de la administración de justicia, logrando hacerla más efectiva. Así mismo, se considera que la mediación obligatoria a largo plazo una vez que este método sea conocido y se advierte sus beneficios permitirá el aumento de la utilización de este mecanismo de forma voluntaria, ya que las partes han conocido y vivenciado este método, lo cual no hubiera sido posible si no fuera obligatoria.

Con estas consideraciones el Ejecutivo del estado Chilena, en julio de 2006 presentó un proyecto de reforma a la Ley de Tribunales de Familia en la que entre otros aspectos repone la figura de la mediación obligatoria contenida en el proyecto de ley original, en este contexto se establece la derivación obligatoria a mediación, previa a la interposición de la demanda en los casos relacionados a alimentos, cuidado y crianza personal y régimen comunicacional (tenencia y visitas), en donde la mediación es gratuita, ya que el estado asume y cubre los costos del servicio de mediación, logrando un incremento de conflictos resueltos, pero al mismo tiempo un incremento de los recursos económicos dirigidos al sistema judicial de familia.

En la normativa chilena, la mediación familiar obligatoria comenzó a regir de manera progresiva en Junio de 2009 como Ley No. 20.286, la misma que en su artículo 111 habla sobre el Acta de mediación.

En la audiencia de mediación en caso de llegar a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes.

El acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

Si la mediación se frustrare, también se levantará un acta en la que se dejará constancia del término de la mediación, sin agregar otros antecedentes. En lo posible, dicha acta será firmada por los participantes, se entregará copia de la misma a aquella parte que la solicite y se remitirá al tribunal correspondiente, con lo cual terminará la suspensión del procedimiento judicial o, en su caso, el demandante quedará habilitado para iniciarlo.

Se entenderá que la mediación se frustra si alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa; si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y, en general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdos.

### **Legislación Española**

Nuevamente es necesario indicar que el resultado de un proceso judicial, radica en la declaración de un ganador y un perdedor, una parte que ha resultado y salido victorioso del proceso a contrapuesta del otro, con un grado alto de insatisfacción y con elevados costos económicos y sobre todo costos emocionales para las partes intervinientes y los terceros interesados, en donde se advierte un claro detrimento de las relaciones interpersonales; esta situación hasta hace muchos años atrás, era una realidad en España, ya que de forma específica las controversias de rupturas familiares y otros asuntos familiares se resolvían en los juzgado o tribunales. Pero, a través de la ley de divorcios y otras leyes relativas a mediación familiar, han

permitido evitar el gran desgaste emocional en estos casos; y, además el hecho de someterlos a mediación ha permitido que las partes de forma directa intervengan y expongan sus argumentos, intereses y necesidades a través del dialogo y la comunicación de las partes, permitiendo fomentar las inter relaciones de las partes en conflicto.

En España, el desarrollo de la mediación es reciente, su historia es breve si la comparamos con países como Estados Unidos de América, Canadá o Gran Bretaña. El origen de la mediación se sitúa en Estados Unidos de América en los años 70 en que justamente la proliferación de las separaciones matrimoniales hizo de La Mediación el método más exitoso; este éxito se extendió rápidamente a Canadá país en donde se instauró la mediación familiar con carácter de gratuita a comienzos de los años 80. En los países latinoamericanos, Argentina fue el primero en implementarla, dentro del marco judicial y como requisito obligatorio previo a la instancia judicial propiamente dicha, allá por el año de 1992.

En el Continente Europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en una de sus resoluciones recomienda a los estado miembros la implementación de este método alternativo de resolución de conflictos de forma colaborativa y amistosa a fin de garantizar las relaciones interpersonales de las partes en conflicto y de forma especial las relaciones parento filiales y emocionales de padres e hijos.

Para John M Hayner, ex presidente y fundador de la Academia de Mediadores Familiares de los Estados Unidos: “La mediación es un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los partícipes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente, mutuamente aceptable por las partes y escriturada de manera tal que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto”.

### **Legislación de Estados Unidos de América**

Dentro de la legislación de los Estados Unidos, el desarrollo de la mediación ha tenido una gran acogida en el ámbito del derecho familiar, esto en razón del aumento significativo de las causas de divorcio, no solo como un hecho de la ruptura conyugal, sino como un hecho de resquebrajamiento del sistema familiar;

y, otro aspecto es en el no dejar un hecho de carácter personal en manos y en el control del sistema de justicia, ya que éste no centra su atención en el mantenimiento de las relaciones interpersonales de las partes y de las relaciones existentes y permanentes entre padres e hijos.

El Estado de California, la mediación familiar puede ser aplicada como un aspecto previo al inicio de un proceso judicial de divorcio, en razón de los altos índices de divorcios existentes los cuales alcanzan un número muy considerables, ya que el número de divorcios constituyen la mitad del número de parejas que contraen matrimonio; es decir, por cada diez parejas que contraen matrimonio, cinco pasan por un divorcio. De ahí que esta exigencia de pasar por un proceso de diálogo asistido se la conoce como mediación imperativa, la cual es una medida alternativa a la voluntaria, misma que busca mantener y evitar el rompimiento de las relaciones familiares; ésta mediación imperativa familiar se centra en ámbitos de custodia y régimen de visita de los hijos y a diferencia de otras legislaciones, lo referente a la manutención económica o alimentos recae en un procedimiento arbitral; es decir, se observa una mediación parcial ya que dicha mediación no se dirige a todos los temas que involucran o se relacionan al divorcio.

De conformidad a lo que establece el artículo 1830 del Código de Familia de California (California Family Code), el Tribunal de Conciliación Familiar tendrá jurisdicción sobre toda controversia entre los cónyuges en dos casos: a) si se discute la custodia o el derecho a visita de los hijos, cualquiera que sea el vínculo que une a los padres (matrimonial o no matrimonial), y exista el peligro que en caso de no lograrse la reconciliación de las partes, el divorcio, separación legal, o disolución del hogar pueda perjudicar especialmente a los hijos o a una de las partes; b) aún cuando no estén involucrados niños el Tribunal haya constatado la existencia de violencia doméstica entre las partes.

Esta dentro de las facultades de las partes invocar la jurisdicción del Tribunal de Conciliación Familiar a fin de mantener el matrimonio mediante la reconciliación o el acuerdo de las controversias entre ellas, esta facultad se la solicitara antes del inicio de un proceso judicial relacionado a la tenencia, régimen de visitas, disolución del matrimonio, nulidad o separación legal de los conyugues, estaríamos



entonces ante una mediación global, en la cual se trata todos los hechos referentes a un divorcio, en este caso el Tribunal de mediación asistirá gratuitamente a la parte interesada, indicándole previamente que en caso de violencia domestica la jurisdicción del Tribunal no es exclusiva, pero si coextensiva con otros recursos civiles o penales pertinentes para cada caso en concreto.

Existen cierto candados en la legislación Estadounidense en las que no se prevé un Tribunal de Conciliación Familiar, ante esto existen ciertas normas del derecho positivo que permiten a los Tribunales Superiores contar con el servicio de un mediador familiar, el cual se encarga de evitar que el conflicto pueda escalar y asegurando a los niños y niñas (hijos) que el vínculo y contacto con sus progenitores se mantenga en función de su interés superior regulando un régimen de visitas adecuado (Arts. 3160-3192).

El proceso de mediación familiar se centra en procurar de forma prioritaria el interés de los menores a través de un acuerdo sumamente detallado sobre aquellas decisiones que puedan afectar su desarrollo integral y su futuro, en el proceso de mediación, el mediador buscara por todos los medios mantener un equilibrio entre las partes, reduciendo y de ser posible o eliminando cualquier forma de poder o alienación parental; en los procesos judiciales cuando no se acuerde sobre la custodia y derechos de visitas, el juez tiene la facultad de remitir el proceso a mediación, el progenitor que no forme parte del proceso no está obligado a participar de la mediación, pero, en caso de no participar pierde todo acceso a reclamar sobre el acuerdo logrado por las otras partes, así mismo queda impedido de iniciar otro proceso judicial sobre dicho particular

En el proceso de mediación, se dará prioridad a los intereses del niño y a la transformación que experimente la familia, mediante un acuerdo detallado sobre las decisiones que afecten el futuro desarrollo del niño. El mediador buscará el equilibrio de poder entre las partes durante ésta negociaciones. También, no se podrá rechazar una solicitud de inicio de un proceso de mediación por razón o dudas de la paternidad del niño o niña, de igual forma se puede mediar aspectos relativos a la implementación de órdenes judiciales relacionadas a la tutela y/o derecho a visitas. Al centrarse el proceso de mediación a los intereses del menor, el medidor

tiene de facultad de escuchar y entrevistarse con los menores, y en caso de existencia de violencia doméstica el mediador deberá reunirse con ambas partes por separado (caucus), así mismo tiene de facultad de así considerarlo de excluir a los abogados o a uno de ellos.

Cuando se arribe a un resultado favorable a través de la mediación el mediador puede presentar al Tribunal ciertas recomendaciones que considere necesarias, caso contrario el mediador puede recomendar servicio de consejería alternativos a fin de evitar el litigio y de ser el caso recomendar medidas judiciales si son pertinentes y convenientes a proteger los derechos e intereses de los niños.

De forma general podemos analizar que la mediación prejudicial obligatoria se encuentra presente en distintas legislaciones de los estados, de manera especial la mayoría de ellas se centran en temas de familia, pero la legislación ecuatoriana hace énfasis no solo a temas exclusivos de familia, sino a todas las materias que versen sobre materia que pueda ser transigible, de tal manera que, de acuerdo a la experiencia internacional es posible y factible aplicar la mediación prejudicial obligatoria a fin de evitar procesos judiciales innecesario y con el objetivo de precautelar las relaciones interpersonales de las partes en conflicto y de terceros interesados, además de contribuir y hacer efectivos los deberes del estado y los principios constitucionales de la administración de justicia.

### **Legislación ecuatoriana**

La mediación prejudicial obligatoria, no es más que un procedimiento estructurado, mismo que se inicia antes de un juicio y que requiere la asistencia obligatoria, de las partes que se encuentran en un litigio las cuales son asistidas por un tercero neutral llamado mediador, el cual dirigirá el proceso de mediación de forma imparcial, fomentando el dialogo y buscando las posibles soluciones con la intervención de las partes, las mismas que gozan de total autonomía para permanecer o no en la reunión y logra de ser el caso solucionar el conflicto.

Mucha se ha cuestionado sobre el principio de voluntariedad, si éste se ve o no vulnerado con la obligatoriedad de acceder a un método alternativo de resolución de conflictos previo a un litigio judicial, podemos decir que existen consideraciones

y opiniones divididas sobre su aplicabilidad, pero hay que tomar en consideración que se mantiene el fundamento básico, el cual se encuentra plasmado en el Art. 43 de la ley de Arbitraje y mediación, la cual establece: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, *procuran un acuerdo voluntario*, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”; la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria en ningún momento rompe el principio de voluntariedad, ya que son las partes en conflicto quienes deciden quedarse o no dentro de un proceso de mediación, el fin de la mediación es procurar un acuerdo voluntario, lo cual no es transgredido por la obligatoriedad de acceso al proceso de mediación, ya que son las partes quienes libremente decidirán un acuerdo si así lo convienen a sus necesidades e intereses.

Se considera que el principio de voluntariedad no se verá afectada, ya que lo que se busca con la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria, en un ordenamiento jurídico de un país, es fomentar el dialogo y romper con los viejos esquemas y procedimientos, que toman varios años, en donde regularmente hay un vencedor y un vencido, sobre todo lo que busca este mecanismo es hacer efectivo el principio de tutela efectiva de los derechos, la seguridad jurídica, la celeridad y economía procesal; así mismo de forma transversal la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria permitirá descongestionar las dependencias judiciales y al mismo tiempo crear una cultura de paz en la sociedad.

El tratadista Ecuatoriano Jorge Morocho Moncayo, explica los beneficios de la Mediación Prejudicial Obligatoria en caso de aplicarse en el Ecuador.

El procedimiento de la mediación debe ser obligatorio, antes del juicio y con más razón dentro del mismo. Solo así, se divulgaría y llegaría al conocimiento de la mayoría de la población, sino seguirá siendo una buena alternativa pero conocida a medias y acatada sin ninguna obligatoriedad. Porque si esta alternativa se quiere utilizar dentro del proceso legal, dentro de la causa que ha conocido el juez, es porque una de las partes ha incumplido una obligación o ha quebrantado un derecho y en consecuencia ha incumplido con la ley. Por estas razones, la otra parte ha tenido que recurrir al órgano de justicia para que se haga efectivo su pedido legal.

Dentro del proceso ordinario ya no existe la voluntad mutua de las partes para poner fin a las controversias como posiblemente pueda existir en la mediación extra procesal. **(Morocho Moncayo, 2004)**

Haciendo un análisis más detallado respecto de la obligatoriedad y voluntad en la mediación, debemos señalar que la mediación prejudicial obligatoria, ha logrado descongestionar varias dependencias judiciales en América latina, en materia civil, mercantil y familiar logrando y materializando, el anhelo más requerido por sociedad, de tener una justicia oportuna y que sus sentencias sean equitativas.

En cuanto a la voluntad, sabemos que este mecanismo prejudicial obligatorio no afecta, a las partes ni a su legítima autonomía que tienen las partes inversas, en el litigio porque su voluntad siempre prevalecerá, y será uno de los pilares fundamentales para resolver el conflicto.

Es decir, que las todas las decisiones que se tomen para acabar con el conflicto serán, de absoluta voluntad de las partes ya que la intervención del tercero neutral o mediador, será sola para facilitar el dialogo, en conclusión el conflicto se resuelve o termina porque las partes han propuesto los caminos, para solucionar el conflicto y no se disminuye ni su voluntad ni tampoco su autonomía.

Dentro de este análisis de la voluntad en la mediación, el Ecuador al no contar con una cultura de paz por parte de la sociedad para resolver los conflictos, esto influye en la voluntad de las partes, es decir que las ciudadanos no sienten la necesidad de aplicar los medios alternativos de solución de conflictos, y por el contrario siguen utilizan el sistema de justicia ordinario, en el Ecuador sus dependencias judiciales, en materia civil están con carga procesal desde hace varios años y esto no permite a la justicia actuar con celeridad, inclusive al ser la mediación voluntaria en el Ecuador esto permite que la carga procesal siga aumentando.

La voluntad debe tener su límite, en cuanto al cumplimiento de acatar el prescrito, lo ordenado por las diferentes disposiciones legales. Jamás puede haber una norma jurídica o una ley; en donde no prevalezca la libertad, pues siendo así, la voluntad del hombre resulta inaplicable o carece de eficacia, porque no cumpliría su objetivo

principal de supremacía y jerarquía por encima de excesos. (**Morocho Moncayo, 2004**)

### **MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ECUADOR.**

Uno de los principios base y fundamentales de la mediación es la voluntariedad de las partes, si bien es cierto esta se centra en la potestad de las partes de acceder a dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos, no es menos cierto que el acuerdo al que arriben las partes nace de su voluntad, de tal forma que responder a la pregunta de cómo llegaron al proceso de mediación queda en un segundo plano, ya que podían haber llegado por solicitud directa de una de las partes o a su vez por derivación de oficio o a solicitud de partes; al hablar del proceso de derivación de oficio estaríamos hablando de una posible coacción a la voluntad de las partes por solicitud del juez, al hablar de y por solicitud directa o solicitud de derivación, también hablaríamos de una sola de las voluntades, de tal forma que la voluntariedad radica en la aceptación al proceso de mediación, su permanencia dentro de la mediación y la posibilidad o no de arribar a un acuerdo total o parcial.

Existen múltiples puntos positivos y varios negativos relacionados con la aplicabilidad de la mediación prejudicial con carácter obligatorio, misma que es aplicable en materias y asuntos que por su naturaleza sean transigibles, la mediación facilita la búsqueda de una solución a una controversia concreta de manera rápida, ágil, económica y efectiva. Podemos citar como ejemplos dos materias muy importantes en donde surgen conflictos que pueden ser fácilmente solventados a través de un proceso de mediación; actualmente los tiempos en llegar a una resolución se han incrementado considerablemente, los temas relativos a procesos de fijación de pensiones alimenticias se resolvían en un tiempo de uno a dos meses en donde se incluía la apertura de la tarjeta kardex y la primera liquidación; hoy, el tiempo se ha duplicado, el tiempo que se tarda en buscar una resolución es mínimo de dos meses y medio, sin contar la apertura de la kardex y la primera liquidación, lo cual puede tardar entre uno y dos meses más, esto ha derivado en que la carga procesal de los juzgados de familia se incremente significativamente; así mismo, dentro de este tipo de proceso también existen las liquidaciones y acuerdos de pago de pensiones adeudadas, mismas que hace un par de trimestres se

solventaban en un plazo no mayor de quince días y actualmente pueden superar fácilmente los dos meses; en materia civil, existen ciertas acciones que pueden resolverse mediante acuerdos voluntarios entre las partes sin necesidad de recurrir a un proceso judicial, especialmente aquellos que se refieren a deudas; dentro de estos ejemplos la mayor parte de estas causas llegan a resolverse en la fase conciliatoria, en donde tienen la oportunidad de conversar de forma directa y arribar a un acuerdo entre las partes.

De lo dicho anteriormente podemos claramente deducir que muchos de los inconvenientes que existen para llegar a un proceso judicial es la falta de comunicación entre las partes, lo cual puede ser solventado a través del mediador quien es la persona encargada de gestionar el diálogo y la comunicación entre las partes para llegar a un acuerdo construido a medida de los intervinientes; más allá del acuerdo voluntario de las partes con el cual ponen fin a un conflicto concreto, la mediación brinda una ayuda muy significativa al órgano de administración de justicia, más allá de haber resuelto un conflicto de forma rápida, efectiva, económica y sobre todo manteniendo y fortaleciendo las relaciones sociales, contribuye eficientemente a mejorar los procesos judiciales, ya que permite descongestionar las unidades judiciales y hace efectivos los principios de tutela efectiva de los derechos, seguridad jurídica, acceso a la justicia, la celeridad y la economía procesal, tanto en los procesos judiciales como en los procesos de mediación, lo cual contribuye eficientemente a la economía del estado y de las personas que integran nuestra sociedad.

La mediación es un método de resolución de conflictos que facilita la búsqueda de la solución de una controversia de manera ágil y efectiva. Adicionalmente, es trascendental dar a conocer que dicho método difiere del sistema judicial, desde su significado.

La mediación es un procedimiento que ve al conflicto como una oportunidad en la que las partes dan a conocer una misma realidad desde sus perspectivas, intereses y necesidades insatisfechas, mismas que buscan resolverlas.

El objetivo de la mediación no es el buscar y encontrar una verdad absoluta, a diferencia del sistema judicial, sino más bien se centra en identificar las divergencias que deben ser solventadas a fin de lograr una solución favorable a las partes de forma rápida y efectiva.

Al hablar de una solución efectiva, no solo hace referencia a que se cumpla y surta los efectos necesarios, sino también incluye al mantenimiento del estado físico y psicológico de las partes, ya que se pretende evitar un desgaste emocional y económico, lo cual no sucede en un proceso judicial

De lo dicho, se puede claramente evidenciar que la aplicación de la mediación prejudicial con carácter de obligatoria es posible en las materias y casos antes indicados, buscando el bienestar de las partes y quienes se ven indirectamente involucrados. El desarrollo y la convivencia social, siempre trae consigo discrepancias y conflictos, pero es necesario entender que lo común y general es que las personas inmersas en un conflicto sean las gestoras de la solución, el mantenimiento de sus relaciones interpersonales y el ejercicio efectivo de la paz y la libertad, de tal forma que lo alternativo es el proceso judicial y lo ordinario la solución pacífica de las controversias, de ahí que podemos decir que el primer paso para la solución del conflicto es agotar la vía del método alternativo de resolución de conflictos antes que continuar con un proceso judicial.

Existen varios tratadistas y profesionales del derecho que no lo ven con buenos ojos, consideran que la obligatoriedad puede afectar la economía procesal ya que en el hipotético caso que no se logre un acuerdo entre las partes deberán iniciar un proceso judicial lo cual conllevaría un gasto adicional al usuario aparte del proceso judicial ya que la mediación obligatoria extrajudicial o intrajudicial no es gratuita. Ante esto, podemos indicar que para el investigador no es del todo cierto lo manifestado ya que existen centros de mediación privados y centros de mediación que forman parte del Consejo de la Judicatura, en los segundos, si bien es cierto se podrían generar varios gastos, éstos no son altos, ya que inicialmente no se requiere de patrocinio de un abogado, tampoco los gastos administrativos son elevados, ya que inicialmente se requiere de veinte dólares y veinte por cada mil que formen

parte de la cuantía del arreglo; así mismo, en materias de niñez, laboral y otros, el acceso es gratuito.

Con lo mencionado en apartados anteriores, referente a la mediación prejudicial obligatoria, no quiere fundar que la persona tenga la obligación de acceder a la justicia a través de la mediación, creando gastos innecesarios. El enfoque se centra en que la persona conozca de la opción adicional que tiene, a parte de un proceso judicial. Actualmente, en el Ecuador, existen personas que desconocen de dicho procedimiento, “la población todavía desconoce que existe la posibilidad de resolver los conflictos sin pasar por un juicio”

La obligatoriedad puede afectar a la agilidad y efectividad del proceso. Este método de resolución de conflictos se caracteriza por su rapidez. Al momento de constituirlo como obligatorio, las partes al no estar interesadas en el mismo, se enfocarían en el tiempo adicional que conlleva asistir a dicho proceso en vez de ir directamente a la rama judicial. De igual forma, con sus aspectos negativos se desnaturalizaría el concepto práctico que tiene la mediación. “La Mediación necesita potenciación desde los propios seres conflictuados (usuarios) para que sea internalizada por las personas como alternativa real, eficiente y prestigiada de resolución.” (Gómez, 1999, p. 392)

La mediación busca solucionar el problema existente entre las partes de manera ágil, imparcial y confidencial; para esto, el mediador garantiza el respeto de los puntos de vista de las partes en conflicto, manteniendo la igualdad de las partes en la negociación. El deseo de la justicia, no solo se la obtiene a través del poder judicial, es necesario conocer que es posible llegar a este ideal a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como es la mediación, “los MASC se enrumban hacia la consolidación de una democracia madura basada en el protagonismo de las partes, pues evitan desgaste emotivos innecesarios, promueven el mejor manejo de los conflictos de manera interdisciplinaria y generalmente permiten un ahorro económico sustancial.” (Veintimilla, 200, p. 10)

El verbo rector y fundamental de la mediación es la participación libre y voluntaria de las partes en dicho procedimiento. Esta característica resalta en su significado,



conforme lo define la Ley de Arbitraje y Mediación, en el artículo 43, mismo que establece lo siguiente:

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

Destacando lo establecido en la definición anteriormente mencionada, al iniciar el proceso de mediación para la solución de un conflicto, “las partes acuden a dicho proceso de manera voluntaria, son las partes en conflicto quienes deciden si quieren o no involucrarse en un proceso de mediación” (Schiffrin, 1996, p. 7). Dicha característica se la considera como un elemento esencial que atribuye de manera positiva al proceso de mediación.

Las partes al asistir voluntariamente a un proceso de mediación, tienen la ventaja de asimilar que el problema existe y que ambas son las que estarán participando para buscar una solución que las favorezca. Así mismo, la voluntariedad no se enfoca únicamente en la iniciación de la mediación, sino también en su desarrollo. Como lo establece el Centro de Arbitraje y Mediación UEES “las partes en conflicto son las que deciden la conducción de la mediación, aportando con la información que quieren que sea conocida o no, proponiendo soluciones parciales o totales; en definitiva, son ellas las que tienen la libertad de llegar a una solución por su propia voluntad y no por imposición de nadie.”

La gran discusión radica en el elemento de la voluntariedad y si se consideraría no aplicable en el momento en el que la mediación sea un proceso prejudicial obligatorio, lógicamente encierra varias concepciones; pero a nuestra consideración o entender, la voluntad de las partes no se enfoca únicamente en el inicio del proceso como tal, sino también en la continuidad del mismo y en procurar un acuerdo voluntario, de tal forma que el principio de voluntariedad que existe en el proceso de mediación no se perdería por la obligatoriedad de la misma, ya que en ocasiones llega por derivación, es decir la forma de llegar a mediación puede imponerse a la

voluntad de las partes, pero mantenerse en el proceso, participar en su desarrollo y lograr un acuerdo es voluntario.

Como Macarena Vargas menciona: “la voluntariedad tiene dos dimensiones. La **primera** comprende la etapa inicial del proceso cuando la persona toma la decisión de acogerse a él y la **segunda** comprende la facultad de retirarse de éste en cualquier momento sin necesidad de justificar los motivos. Basta la expresión de la voluntad de una de las partes en orden a no continuar para que el mediador deba poner término al proceso.” (Vargas, 2008)

### **PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD.**

El principio de voluntariedad se enfoca en que “las partes tienen la libertad de decidir si inician un procedimiento de mediación, a través de una solicitud; si acuden a dicho procedimiento una vez convocados; y, si permanecen en él” (Bustamante, 2007, p. 12)

El principio de voluntariedad se aplica en todo momento del proceso de mediación ya que quien acude a mediación debe hacerlo desde la voluntariedad y puede solicitar abandonarlo en cualquier momento del proceso, sin ningún tipo de consecuencias.

Podemos dar a conocer diferentes opiniones de autores referentes a la mediación prejudicial obligatoria.

La primera teoría, “referencia categórica”, establece que ciertas controversias deben someterse como primer paso, a la mediación, antes de poder acceder a un proceso judicial. La segunda teoría, “referencia discrecional”, se basa en que los jueces, una vez que conocen la controversia y si lo consideran apropiado, deben referir el conflicto a mediación de modo obligatorio. (Sander, 2007)

En la legislación ecuatoriana, la mediación tiene carácter voluntario, pero también se puede avizorar que existe una forma de obligatoriedad de aplicación de la mediación a través de la figura de la derivación a mediación de oficio, de tal manera que se debería entender que una mediación de oficio es contraria a la voluntariedad

de las partes. De ahí que podemos hacer referencia a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) ya que el artículo 294, se estipula que: Art. 294.- Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...] 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido. **(COGEP, Art. 294)**

De lo dispuesto en la norma antes citada, es el juzgador quien tiene la facultad si así lo decide y lo considera mejor para la causa, disponerla o derivarla a un centro de mediación; pero es la propia normativa ecuatoriana que reconoce a la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos, la cual se basa en el principio de voluntariedad de las partes para acceder a dicho proceso, en base a dicha disposición, de tal forma que la mediación de oficio es contradictorio al principio rector ya mencionado. Dicho argumento no sería considerado negativo, ya que es el Juez quien conoce a las partes procesales y cuida que se cumpla el debido proceso y el derecho de las partes, además es quien conoce la causa y sabe que es posible arribar a un acuerdo, de ahí la decisión de derivarla de oficio a un centro de mediación, decisión que se fundamenta y toma valor al hacer efectivos los principios de agilidad, flexibilidad, eficacia, confidencialidad, y más; siendo esto lo más favorable para el caso.

Podemos indicar ciertas contradicciones existentes entre la Ley de Arbitraje y Mediación (Art. 46 literal c) y el Código Orgánico General de Procesos (Art 294 numo. 6), ya que en el primero establece que procede la mediación por derivación cuando un juez ordinario de oficio o a petición de parte disponga una audiencia ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten; lo cual contradice lo dispuesto en el COGEP, ya que dispone que la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituidos y en caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido. De lo expuesto es clara que existe un antinomia entre estas dos

normas, mima que puede ser solventada a través de la normativa constitucional al tenor de lo dispuesto en el artículo 425, la cual hace referencia al orden jerárquico de aplicación de la norma, en la que la Ley de Arbitraje y Mediación se encuentra jerárquicamente por debajo de una ley de carácter orgánica; así mismo, se debe considerar que el COGEP tiene preminencia, ya que es una ley orgánica promulgada de forma posterior a la Ley de Arbitraje y Mediación, por ende se hace efectivo el criterio de temporalidad de las normas.

De las teorías expuesta por Frank Sander, podemos manifestar que en el Ecuador es aplicable su segunda teoría, la cual hace mención a la referencia en la que son los jueces quienes pueden de oficio, derivar la causa a un centro de mediación, lo cual ocasiona una lesión al principio de voluntariedad de las partes, entendiéndose como una pérdida parcial de dicha voluntad, ya que las partes siguen teniendo la autonomía y la decisión voluntaria de decidir continuar o no en dicho proceso de mediación, por lo que no se desnaturaliza dicho principio ya que el alcance de la voluntariedad va más allá del simple acceso a un método alternativo de resolución de conflictos, ya que es su permanencia dentro de dicho proceso y la consecución de un resultado afirmativo o no, lo que lo naturaliza

De igual manera, cabe mencionar que en el Ecuador la figura de la derivación judicial no es nueva en el presente tema. Se cuenta con disposiciones del Consejo Nacional de la Judicatura, tales como: Resolución 145-2016, el Programa Nacional de Mediación, Justicia y Cultura de Paz; desarrollado en el mes de julio del 2013, Resolución 145-2016 la cual contiene el Instructivo de Derivación de causas Judiciales a Centros de Mediación (2007), Instructivo de Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y ejecución de Actas de Mediación (2016). Cabe aclarar que, actualmente, rige y se encuentra vigente el nuevo Instructivo Para la Derivación de Causas de Mediación Intraprocesal a Centros de Mediación, mediante Resolución 023-2021 y aprobado el 07 de marzo de 2021.

Actualmente la derivación de oficio, es aplicable y se aplica en varios casos, recordando que es mediable todo lo que verse sobre materia transigible que ponga fin al conflicto, podemos tomar como ejemplo la materia de niñez y adolescencia y la materia tránsito, en la primera cuando se trate de temas de alimentos, tenencia o

visitas y en la segunda al tratarse de infracciones de tránsito donde existan daños materiales; ante dichos ejemplos se debe cumplir con un proceso de derivación de legal y debida forma, tomando en consideración la Resolución 023-2021 (Instructivo para la Derivación de Causas de Mediación Intraprocesal a Centros de Mediación (IDCMICM)), el cual en su artículo 3 dispone:

**Artículo 3.- Derivación.-** Es el acto procesal expresado en el auto de derivación mediante el cual la o el juez, remite una causa que verse sobre materia transigible para que sea tramitada en los centros de mediación, de conformidad con los principios y normas aplicables a la mediación. **(IDCMICM, Art. 3)**

Posterior al cumplimiento de los requisitos determinados en el instructivo de derivación, necesarios, esto es lo contenido en los artículos 4, 5, 6 y 7, de la actual Resolución 023-2021 (Instructivo para la Derivación de Causas de Mediación Intraprocesal a Centros de Mediación), el Juez deberá manifestar dicha decisión dentro del proceso.

Tomaremos como ejemplo con fines únicamente académicos e investigativos y en virtud de no ser una causa que guarde algún tipo de reserva, damos a conocer que en la providencia de fecha 13 de febrero de 2021, a las 09:51, dentro de la causa signada con el número 17985-2019-00880, el Señor Juez sustanciador de la causa, de oficio emite la providencia de DERIVACION A MEDIACION, en donde textualmente la parte pertinente dice: “(...) 3.- Por cuanto la materia de la Litis es susceptible de transigir, de conformidad con lo previsto en los Arts. 190 de la Constitución de la República del Ecuador; 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial; 294 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); 294 y 295 del Código de la Niñez y Adolescencia; 46 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación; y, 4 de la Resolución No. 145-2016 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, que contiene el Instructivo para la Derivación de Causas a Centros de Mediación, **de oficio DISPONGO: Derivar la presente causa al Centro de Mediación** adscrita a esta Unidad Judicial (jornadas de mediación en Tumbaco), **a fin de que en audiencia las partes pongan fin a sus controversias;** para el efecto, **por Secretaría oficiase al Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura,** conforme lo dispuesto en el Art. 6 de la Resolución No. 145-2016. La

Jornada de mediación se realizará en las instalaciones de la Unidad Judicial de Tumbaco, ubicada en la Av. Interoceánica Nro. 5-79 y Universitaria, sector Tumbaco - Villa Vega, 2do Piso. (...)” (La negrilla me pertenece);

De lo expuesto es evidente que los señores jueces de las distintas Unidades Judiciales del país y en materias que versen sobre materia transigible, puede derivar el proceso a un Centro de Mediación a fin de buscar que las partes pongan fin a sus controversias, derivación que en ninguna parte se ha evidenciado que exista la voluntad de las partes de acceder o no a dicho método alternativo de solución de conflictos, por lo que es claro que las autoridades judiciales en ciertos casos cuando así lo consideren, tienen la potestad de derivar una causa a mediación sin que exista la voluntad expresa de las partes, es decir se da origen a un proceso obligatorio de mediación intraprocesal. Entonces la pregunta sería si es aplicable o cabe la mediación prejudicial obligatoria en casos que versen sobre materia transigible, sean estos por ejemplo, alimentos, tenencia y visitas; daños materiales en materia de tránsito, liquidaciones en materia laboral, deudas en materia civil, canon de arriendo y desahucios en materia de inquilinato, etc., método alternativo de solución de conflictos que permiten resolver controversia de forma más ágil y rápida, pero no por esto menos efectiva, ya que la misma tiene efectos de sentencia de última instancia y de cosa juzgado; colateralmente, estas ventajas brinda a la administración de justicia un descongestionamiento en la sustanciación de los procesos judiciales, permite mejorar el tiempo de respuesta a los requerimientos dentro de las causas, haciendo efectivo el principio de celeridad, acceso a la justicia, tutela efectiva de los derechos, el principio de mínima intervención, entre otro.

Podemos evidenciar todo lo expuesto a través del siguiente análisis de la causa antes indicada. Con fecha miércoles 13 de noviembre de 2019, a las 15:26, se presenta el proceso de Familia Mujer Niñez y Adolescencia, Tipo de procedimiento: Sumario por Asunto: Alimentos, seguido por: Vásquez Anrrango María Fabiola, en contra de: Duarte Sandoval Anderson Mauricio. Por sorteo de ley la competencia se radica en la UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN LA PARROQUIA TUMBACO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA, misma que es

calificada mediante providencia de fecha 24 de diciembre 12 de 2019, a las 09:55; mediante providencia de fecha 13 de febrero de 2020, a las 08:53, se da a conocer que comparece el legitimado pasivo mediante escrito presentado y se le tiene por legalmente citado, es decir no porque haya sido citado por parte de la oficina de citaciones, sino más bien porque el demandado comparece y se da por citado; la misma fecha pero a las 09:51, el señor juez deriva la causa a mediación; mediante providencia de fecha 25 de junio de 2020, a las 10:37, se da a conocer el acta de citación NO realizada; con lo manifestado podemos verificar que desde la fecha de presentación de la demanda de alimentos, hasta la fecha de registro de la No citación habían transcurrido siete meses con doce días (7 meses, 12 días).

Mediante providencia de fecha 13 de Julio de 2020, a las 15:02 se da a conocer el acuerdo de mediación al que habían llegado las partes, cuya providencia textualmente dice:” VISTOS: (17985-2019-00880) Agréguese al proceso la razón y los oficios que anteceden junto con sus anexos. En lo principal: 1.- Téngase en cuenta para los fines legales pertinentes, la **razón de citación no realizada** a la parte demandada que remite a esta judicatura la oficina de citaciones. 2.- Póngase en conocimiento de las partes procesales para los fines legales pertinentes, el oficio del Banco del Austro que se remite a esta judicatura. El oficio en mención podrá ser revisado por medio de ventanilla de archivo de esta Unidad Judicial. 3.- Tómese en cuenta el Acta de Mediación con Acuerdo Total No. 170109-2020-00124, remitido por el Centro de Mediación de la Función Judicial, de fecha 24 de junio del 2020, suscrito por la señora VASQUEZ ANRRANGO MARIA FABIOLA, DUARTE SANDOVAL ANDERSON MAURICIO y el Abg. Efraín Moreno Carrera en calidad de Mediador, en lo principal se señala y dispone: a) Incorpórese al proceso el **Acta de Mediación con Acuerdo Total**, celebrada entre los señores VASQUEZ ANRRANGO MARIA FABIOLA y DUARTE SANDOVAL ANDERSON MAURICIO. b) De conformidad con lo dispuesto en el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, en estricta relación con lo preceptuado en el inciso cuarto del Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia

siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”, esta Autoridad, tomando en consideración el acta de acuerdo antes referida y por haberse cumplido, a través de la mediación las pretensiones constitucionales de la/el alimentaria/o JERLY ZAYETH y ANALIA YAMILE DUARTE VASQUEZ, se dispone se REMITA el proceso a la Oficina de Pagaduría adscrita a esta Unidad Judicial, a fin de que se tenga en cuenta lo dispuesto. Así mismo se deberá tener en cuenta el acuerdo al que han llegado. Actúe el Dr. Marco Garate en calidad de Secretario de esta Judicatura.- NOTIFIQUESE.” (La negrilla y subrayado me pertenece)

Claramente podemos identificar que existen falencias tanto en el proceso judicial como en el proceso de mediación: el primero en razón de que transcurrieron más de siete meses sin que se pueda citar al legitimado pasivo y por ende no se puedan hacer efectivos los derechos del alimentario y en el segundo caso a que transcurrió un tiempo excesivo pero se llegó a poner fin al conflicto, esto en virtud de que el instructivo de derivación vigente en ese momento a través de la Resolución No. 145-2016, no se determinaba con claridad los términos para llegar o no a un acuerdo; pero, en la Resolución 023-2021, Instructivo para la Derivación de Causas de Mediación Intraprocesal a Centros de Mediación, en sus artículos 4, 5, 6 y 7; se regula dichos términos; además, de lo dispuesto en el artículo 46 literal c de la Ley de Arbitraje y Mediación; De tal manera que el proceso de mediación fue más efectivo, ágil, rápido, permitió un acceso a la justicia, tuteló derechos, existió mínima intervención por parte del juzgador, hizo efectivo el principio de celeridad y economía procesal, etc., al contrario del proceso judicial que en nada garantizó los derechos de las partes y peor aún del alimentario.

Por lo expuesto, nace la interrogante en manifestar si la mediación prejudicial e intraprocesal con carácter obligatorio tendría efectos positivos en la resolución de conflictos y en el ejercicio efectivo de los derechos de todos y todas.



## **VENTAJAS DE LA MEDICIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

Realmente el uso adecuado y profesional de la mediación, ha resultado una herramienta muy eficaz a la hora de resolver conflictos y hacer efectivos los derechos de las partes, pero en muchos de los casos el profesional del derecho lo ha desvirtualizado, ya que es el primero en indicar al cliente que como no tiene el carácter de obligatorio no es necesario asistir; así mismo, se lo ha utilizado como un medio que permite dilatar un proceso judicial.

Un proceso de mediación bien llevado, a través de personas que cumplan la finalidad del mediador y del proceso de mediación, contribuye significativamente a establecer una adecuada cultura de paz, todos y todas se han acostumbrado a judicializar todos los problemas y a buscar que un tercero llamado juez se los resuelva; sin embargo la mediación les hace entes activos y protagonistas directos en la construcción de soluciones a medida en donde prime el respeto de los derechos de las partes y en la búsqueda de una solución amigable donde no haya vencedores ni vencidos, sino únicamente acuerdos comunes en beneficio mutuo.

Las ventajas de la medición prejudicial obligatoria, se constituyen en pilar fundamental en materia procesal, ya que permiten que apliquen principio procesales fundamentales de la justicia ordinaria y se disminuya el tiempo en resolver los conflictos, por medio de la inmediatez que permite que las partes tengan un contacto directo asistidas por un tercero (mediador), que por medio de la aplicación de técnicas de comunicación permiten encontrar una solución que pondrá fin al conflicto en máximo un mes, a diferencia de la justicia ordinaria que normalmente dura, entre 2 y 3 años pudiendo inclusive declararse el abandono del mismo.

El siguiente tratadista explica, porque la solución de conflictos en el mundo cada vez, deber ser rápido y eficaz.

Resulta una ironía que, a medida que el mundo cobra un ritmo más rápido, la solución de los conflictos sea cada vez más lenta. Tan solo el aumento del volumen de transacciones realizadas implica el incremento de las disputas, y la creación de

una tecnología cada vez más compleja también se reduce inevitablemente en disputas cada vez más complejas. **(Floyer Acland, 1990)**

Otras de las ventajas principales es, la oralidad que se aplica durante todo el proceso de la mediación prejudicial obligatoria, lo cual permite llegar a acuerdos efectivos sin tantos trámites engorrosos, lo cual beneficia a las partes.

A continuación citaremos un criterio que versa sobre la realidad en un proceso judicial frente a la mediación, la cual dice:

Un tribunal decide quién gana y quien pierde; un árbitro impone un acuerdo, según una escala de preferencias, para una u otra parte. En ninguno de los casos se cuenta con la información o la oportunidad necesaria para buscar otra solución que la que ya está sobre la mesa. En cambio en la mediación cambia las reglas del juego. El mediador trabaja con las partes en conflicto para generar todas las soluciones posibles para la situación, buscando arreglos creativos no solo para resolver el problema existente sino para establecer nuevas áreas de asociación y acuerdos para el futuro. **(Floyer Acland, 1990)**

Es necesario entender que la mediación, se caracteriza por ser amistosa, flexible e informal, en la cual partes proponen y buscan las soluciones con total autonomía, asistidas por un tercero neutral, cuya función facilitar el diálogo entre las partes. El ser informal no se refiere a que deben reunir ciertas características y requisitos mínimos que son necesarios para poder iniciar la mediación. Por ejemplo, en un conflicto por deudas, es necesario la existencia de un documento que demuestre la existencia de una deuda; en una fijación de alimentos, la existencia del derechohabiente y un documento que justifique los ingresos; en una reparación material de tránsito, la existencia del vehículo siniestrado, etc.; pero puede haber casos en que no sean tan necesarios cuando existe un reconocimiento de algún hecho en concreto o cuando las controversias son relativamente muy simples, tal como lo mencionan algunos autores cuando dicen que:

La expresión es malsonante, pero adecuada. La mediación está pensada para ser flexible y accesible, dicho con lenguaje llano. Por lo general los mediadores

aconsejan a las dos partes que cuenten con el apoyo legal y que reúnan toda la documentación pertinente antes de comenzar la mediación, pero incluso esto puede ser innecesario si el problema es bastante simple. **(Floyer Acland, 1990)**

El acta o acuerdo firmado de forma voluntaria, entre las partes se constituye en un documento de vital importancia, ya que prácticamente se tendría un documento de instancia final, simulando haber cumplido todas las fases de la justicia ordinaria, ya que se convierte en una sentencia de última instancia, tal como establece el Art 47 de la ley de Arbitraje y Mediación:

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. **(LAM, ART. 47)**

También es necesario indicar que la economía procesal, también se convierte en una de las ventajas principales de la mediación prejudicial obligatoria, puesto que la misma permite que las partes no inviertan grandes recursos económicos en la búsqueda de una solución, ya que un proceso judicial presupone altos gastos económicos y sobre todo una afectación a la estabilidad emocional de las partes; pero al retornar al ámbito de costos, la mediación permite que el estado ahorre recursos que pueden ser utilizados en procesos en que por su naturaleza requieran mayor atención con la cual trabajaría de forma sincronizada con la administración de justicia ordinaria a fin de que ésta sea oportuna y responda al ejercicio efectivos de los derechos de las partes.

La aplicación de la mediación prejudicial obligatoria, como eje transversal permitiría solucionar los actuales problemas que sufre la administración de justicia, ya que permitiría reducir la carga procesal de las Unidades Judiciales, sería un mecanismo idóneo para depurar el ingreso de las causas, haría efectivo el principio de celeridad y tutela efectiva de los derechos y fomentaría la solución pacífica de conflictos, fomentando la participación activa y directa de las partes con controversia bajo un sistema de cultura de paz a través del diálogo.

## **ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS.**

El inciso primero del Artículo 1 de la Constitución de la República manifiesta que:

El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. En donde, las personas tienen derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad **(CRE, 2008, Art. 1)**.

Lo mencionado implica que se debe procurar el acceso a la justicia no solo de la mayor parte, si no de todos los habitantes de un país y, además, procurar que la solución sea acordada en un tiempo razonable **(Marabotto, 2003)**.

De lo señalado anteriormente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo referente al acceso a la justicia indica que los Estados deben proveer a todas las personas de recursos efectivos, no sólo formales, de naturaleza sencilla y de ejecución rápida; cualquier traba que dificulte o impida el uso de estos recursos constituye una vulneración.

Por lo tanto, “como derecho humano fundamental el acceso a la justicia requiere de una mirada amplia que comprenda además del sistema de justicia formal, vías extrajudiciales e incluso no estatales de procesamiento de los conflictos como por ejemplo, los mecanismos alternativos o la justicia indígena” **(Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008)**.

Las políticas estatales y la normativa del derecho positivo del estado ecuatoriano, ha proporcionado un marco jurídico pro métodos alternativos de resolución de conflictos desde el año 1997 a raíz de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, misma que fue reconocida en la Carta Magna del Ecuador de 1998 y ratificada en la Sección Octava Medios alternativos de solución de conflictos, en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.

A raíz de la reforma constitucional del 2008, se propulso que las normas del derecho positivo del Ecuador guarde sincronía con el texto constitucional, de tal forma que

muchos cuerpos legales incorporaron dentro de su normativas los métodos alternativos de solución de conflictos; así tenemos: el Código Orgánico de la Función Judicial del año 2009, lo incorporó en el artículo 17, establece el PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD, en donde se manifiesta que la administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado; en su inciso segundo manifiesta que el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público; de tal forma que es concordante con la normativa constitucional contenida en el art. 66 numeral 25 dentro de los derechos de libertad el cual dispone: “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.” (CRE, 2008, Art. 66 núm. 25); Así mismo, con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos desde el año 2015, el estado ecuatoriano busca hacer efectivos los principios de la administración de justicia tal como lo dispone el artículo 169, el cual dice que: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. (...)” (CRE, 2018, Art. 169); de tal forma que para hacerlos efectivos el Código Orgánico de la Función Judicial del año 2009 en su artículo 130 dispone y hace referencia a la conciliación y la mediación y señala que:

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

(...) 11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación

intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional; (...) (**COFJ, Art. 130 núm. 11**).

De idéntica manera el Código Orgánico General de Procesos del año 2015, dispone en aquellas causas con procedimiento ordinario en donde no se haya previsto un trámite especial para su sustentación, prevé en el desarrollo de la Audiencia Preliminar lo siguiente:

Art. 294.- Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas:

(...) 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido. (...) (**COGEP, Art. 294, núm. 6**)

Ante lo dispuesto en dicha norma podemos indicar que las normas del derecho ecuatoriano prevén métodos no adversariales de solución de conflictos ya sea a través de la conciliación o mediación, de tal forma que propulsa y le da la facultad al juzgador la facultad de derivar intraprocesalmente procesos a una oficina judicial de mediación o en caso de procedimientos ordinarios sin trámite especial a un centro de mediación legalmente constituido, mismos que hacen sus veces los Centros de Mediación de la Función Judicial.

Así mismo, al otorgar a las juzgadoras o juzgadores, la facultad para derivar los procesos a mediación, el Estado a través del Consejo Nacional de la Judicatura, en el Reglamento de Evaluación de Desempeño para juezas y jueces del año 2015, en el artículo 10, literal d), d1), considera sobre 10 puntos de la evaluación, el porcentaje de derivación a mediación y la instalación de audiencias de mediación, con respecto al número de causas ingresadas para las materias: civil, mercantil, inquilinato y relaciones vecinales, laboral y familiar, mujer, niñez y adolescencia.

De esta forma la intención es lograr que los operadores de justicia, procuren que las partes resuelvan su conflicto por la vía alternativa, en aquellos casos en que esto sea posible.

Los métodos alternativos de solución de conflictos se han ido incorporando en el Derecho Penal a nivel global, ya que la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 40-34 del 29 de noviembre de 1995, en su recomendación séptima ha señalado que: “se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”; así mismo, la Declaración de Viena genero la obligatoriedad de la inclusión de los mecanismos, mediación y justicia restaurativa como uno de los retos del siglo XXI, a través de la revisión de prácticas pertinentes, tendientes a mejorar el acceso a la justicia en el ámbito penal.

Doctrinariamente se señala a la justicia restaurativa como uno de los fundamentos esenciales para la resolución de conflictos, la norma Penal del Ecuador también centra sus esfuerzos en una justicia reparadora en la cual incluyen a la conciliación y mediación como aquellos métodos alternativos más idóneos para la solución de controversias.

De lo mencionado, el Código Integral Penal del año 2014, incorporó en el artículo 662 referente al Título X, los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos a través de la mediación y la conciliación; de igual manera, según lo determinado en el Capítulo Segundo relacionado a la Conciliación, el artículo 663 el cual dispone:

Art. 663.- Conciliación. La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que cause incapacidad permanente o inutilización de algún órgano.

3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. **(COIP, Art. 663, núm. 1, 2, 3)**

En relación al numeral tres, estaríamos en casos de delitos contra la propiedad hasta un valor máximo de USD. \$ 12.750 dólares, en relación al sueldo básico fijado para el año 2022 de USD. \$ 425 dólares y para el año 2023 este valor estará en USD. \$ 13.500 dólares, en relación al sueldo de USD. \$ 450 dólares, sueldo básico fijado para el año 2023.

“La conciliación se regirá bajo los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, y honestidad.” **(COIP, 2014, Art. 664)**; así mismo, se determina cierto conjunto de normas generales que deben ser observadas para la aplicación de la conciliación entre las cuales tenemos:

1) el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado; 2) los acuerdos deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción; 3) la participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores; 4) el incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena; 5) los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto; 6) la víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado. **(COIP, 2014, Art. 662)**

Hay que tomar en consideración que la conciliación se encuentra prohibida para las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tal como lo dispone la parte final del artículo 662 del COIP.

También, es necesario mencionar que tanto en la conciliación como en la mediación, una vez cumplido el acuerdo al que arribaron las partes, el juzgador



declarará extinta la acción penal y en caso de incumplimiento, se continuará con el proceso inicial.

Los métodos alternativos de solución o resolución de conflictos han sido incorporados en otros cuerpos legales como en el Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 206), en relación a la facultad de las juntas de protección de derechos, quienes procuraran la mediación y la conciliación de acuerdo a la ley; en el Código de Trabajo (Art. 342, 225-474), en lo referente a las reclamaciones a resolverse sin necesidad de un proceso judicial en las que serán conocidas por el inspector de trabajo en donde procurara la conciliación entre las partes y en los tramites obligatorios ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje sobre contratos colectivos de trabajo, quien resolverá en las partes que no se pusieran de acuerdo y se resolverá exclusivamente sobre los puntos en desacuerdo; así mismo, en el Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a las Contravenciones de Tránsito como ya se lo ha señalado anteriormente; etc.

“El derecho de acceso a la justicia impone a los estados la obligación de remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a la justicia, especialmente aquéllos originados en la posición económica de las personas” ; entendiendo todo lo manifestado como un estándar internacional que busca lograr dentro de la sociedad la legitimidad del uso y aplicación de los métodos alternativos. Para lo cual la legislación ecuatoriana busca hacer efectiva esta práctica a través de los Centros de Mediación creados por la Función Judicial, la cual ha instaurado diversas sedes a lo largo de todo el territorio ecuatoriano para que todos los ciudadanos accedan de forma gratuita a fin de solucionar ciertas controversias que por su naturaleza sean transigibles a fin de garantizar el acceso a la justicia a través de la mediación o a través de la aplicación de otros métodos alternativos fácilmente aplicables.

### **PRINCIPIO DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.**

Dentro del análisis realizado en la investigación, mantenemos la tesis de que la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria permite hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal ya que dichos principios obliga a la

administración pública a cumplir con su objetivo de satisfacción del interés público a través de la aplicación de los mecanismos más idóneos de forma expedita, rápida y eficaz, evitando de esta manera retardos indebidos o injustificados, lo cual presupone responsabilidades y exigencias a todos los entes públicos.

Es necesario indicar y clarificar lo que involucra la administración pública, para esto citaremos lo siguiente:

“La Administración Pública es aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta, continua, práctica y espontánea de carácter subordinado a los poderes del Estado y que tienen por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado dentro el orden jurídico establecido y con arreglo a este.” **(Quisbert, 2016)**

Indicaremos por tanto, que uno de los deberes de la administración pública es satisfacer de forma directa e inmediata las necesidades colectivas dentro del orden jurídico establecido y corresponde al estado, el deber inexcusable de velar por el interés colectivo de todas y todos.

A fin de hacer efectivos los derechos de todos los ciudadanos, el estado debe garantizar un acceso y aplicación adecuada de la justicia, bajo los principios determinados en la Constitución de la República del Ecuador, mismos que rigen el sistema procesal, los cuales se encuentran plasmados en su artículo 169 y que textualmente dice:

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.” **(CRE, 2008, Art. 169).**

Ante lo expuesto, podemos indicar los principios de celeridad y economía procesal no se cumplen como deberían, ya que ciertos casos en concreto en materia penal o administrativo, ya que su sustanciación demora incluso años, sin dejar de lado procesos judiciales en las Unidades de la Familia, Civiles y Laborales en las cuales

existen causas que se retardan injustificadamente; tanto es así que como ejemplo ponemos dos causas de fijación de alimentos signadas con los números 05202-2017-00162 y 05202-2017-00163 en la UNIDAD DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN LATACUNGA, misma que se iniciaron: la primera el 20 de enero de 2017, a las 15:53 y la segunda el 20 de enero de 2017, a las 15:57 y se resolvieron el 04 de junio de 2018, a las 16:23 y el 21 de junio de 2018, a las 16:23 respectivamente; es decir dos procesos que duraron hasta su resolución un año cinco meses, cabe señalar que en la segunda causa se llegó a un acuerdo en la fase de conciliación; así mismo, pese a lo determinado en el COGEP en relación a los términos tenemos como ejemplo la causa signada con el número 05202-2022-01146 fijación de alimentos propuesta el 01 de noviembre de 2022, a las 16:23, misma que se encuentra para audiencia el 18 de enero de 2023, a las 11:00, es decir alrededor de tres meses; procesos judiciales que causan perjuicios económicos a los administrados, además de un desgaste emocional, mismos que pudieron y pueden ser solventados con rapidez, agilidad y eficacia en un centro de mediación en menos tiempo, con mayor tranquilidad emocional para las partes, economizando aspectos económicos y logrando un acuerdo adecuado para las partes y con los mismos efectos que produciría una resolución judicial.

Tanto la Constitución de la República del Ecuador como el Código Orgánico de la Función Judicial, determinan que la realización de la justicia se logra a través del sistema procesal, así lo establece el artículo 169 de la constitución, en concordancia con el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial que lo citamos a continuación:

Art. 18.- SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. **(COFJ, 2019, Art. 18)**

En teoría, esta norma del derecho positivo interno del país regula adecuadamente el ejercicio de la administración de justicia; pero, la realidad es totalmente diferente, ya que en ocasiones los administrados que acuden a la Administración de Justicia (Consejo de la Judicatura), muchas de las veces deben esperar años a fin de lograr “justicia” y obtener de la administración una respuesta a sus demandas y que después de la espera de tanto tiempo ya no les interesa si esa respuesta es afirmativo o no a sus intereses, muchas de las veces abandonándolas.

De ahí que es necesario citar lo dispuesto en el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, mismo que determina:

Art. 20.- PRINCIPIO DE CELERIDAD.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley. **(COFJ, 2009, Art. 20)**

Al realizar un análisis de dicha norma y relacionando su efectividad en la realidad existente, resulta esto en una quimera, ya que la administración de justicia no en todos sus casos desde luego no es rápida ni oportuna y es el administrado quien debe buscar respuestas y agilizar la sustanciación del proceso y en ocasiones sin encontrar respuesta favorable, resultando utópico lo dispuesto en el COFJ en la parte que hace mención a que una vez iniciado el proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte; por lo expuesto hemos realizado la presente investigación a fin de analizar los problemas existentes dentro de la administración de justicia y poder determinar posibles soluciones a dichas falencias, las cuales consideramos que van a ser solventadas positivamente a través de la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos y de forma específica la aplicación de la mediación

prejudicial obligatoria como requisito esencial antes de iniciar una demanda judicial.

## **CONCLUSIÓN**

La existencia de la solución alternativa de conflictos, entendida ésta como la corriente que trata de incorporar mecanismos de apoyo a la administración de justicia formal, tiene largo tiempo en el Ecuador. En los años noventa la influencia de otros países dio a entender la necesidad de incorporar una legislación renovada sobre la materia, es así que en el año 1997 se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación, reconocida como una normativa que incorpora los conceptos doctrinarios y del derecho comparado, dicha normativa se originada en razón de la deficiencia del sistema de administración de justicia; dichas falencias permitieron que los métodos alternativos de solución de conflictos se incorporen a las normas constitucionales contenidas en los artículos 97 y 190, las cuales otorgan al ciudadano la facultad de someter sus controversias a un centro de mediación en el cual las partes en conflicto procuren una solución pacífica y voluntaria a sus desacuerdos.

## **CAPÍTULO II. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **Modalidad o enfoque de la investigación:**

En el presente proyecto se aplicará un enfoque CUALITATIVO, cuya finalidad es la de realizar una recolección y análisis de datos e información existente en el Consejo de la Judicatura y en el Centro de Mediación de la Función Judicial a fin de analizar y conocer la cantidad de solicitudes directas y por derivación que llegan a someterse a un proceso de mediación como uno de los sistemas alternativos de solución de conflictos más idóneos en la solución de controversia y en hacer efectivos los principios constitucionales de acceso a la justicia, tutela efectiva de los derechos, celeridad y economía procesal, ya que el acceso a un sistema de mediación extrajudicial obligatorio, permitirá evitar la judicialización innecesaria de controversias y la reducción de la carga procesal laboral de los juzgados y un uso adecuado de los recursos de la administración de justicia.

### **Tipo de investigación:**

En la presente investigación relacionada con la mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial, se aplicarán los métodos: inductivo, exegético y comparado.

### **Método inductivo:**

El proceso de investigación cualitativo es inductivo, es un proceso o estudio que parte de hechos o fenómenos singulares o particulares para llegar a un principio general, es decir que este método utiliza premisas particulares para llegar a conclusiones generales, partiremos del estudio de la situación actual de nuestra localidad y lo generalizaremos a nivel global, identificando a la mediación como un medio eficaz de resolución de conflictos y la necesidad de su obligatoriedad, esto permitirá que los conceptos y categorías de análisis surjan conforme avance y profundice en el estudio

### **Método Exploratorio:**

Es un proceso que se utiliza cuando el tema de estudio es desconocido o requiere que su análisis sea más profundo a fin de comprenderlo de forma más completa. Es la primera fase del proceso investigativo, con el cual se hace una aproximación al objeto de estudio a través de información de carácter general en el cual se llega a conocer su aspecto, características y comportamiento, basado en un proceso de observación y estudios aproximativos, es un proceso adaptativo y no estructurado, los resultados son libres y dispersos, estudiando el fenómeno en todas sus manifestaciones y desde todos los puntos de vista, los datos registrados son cualitativos; la investigación exploratoria va hacer utilizada para el análisis de la legislación y doctrina local y del derecho comparado, al igual que para el desarrollo de entrevistas a fin de obtener opiniones y criterios sobre la constitucionalidad del tema propuesto.

### **Método exegetico:**

Es aquel método que utiliza como base una exposición, aplicación práctica, para el estudio de textos o cuerpos legales positivos para posteriormente llegar a una interpretación sistematizada de carácter objetivo, se realiza el análisis de la normativa existente en otros países, interpretarla y adaptarla a la realidad existente, buscando su incorporación al derecho positivo nacional.

### **Método comparado:**

Este método es muy utilizado en las ciencias jurídicas, consiste como su nombre lo indica, en comparar legislaciones para establecer similitudes, diferencias, orígenes y luego aprovecharlos para entender las culturas jurídicas de los Estados, será utilizada en el estudio y análisis de la doctrina y derecho comparado relacionado con el tema de investigación.

### **Técnicas e instrumentos de recolección de datos:**

Las técnicas que se aplicarán en la presente investigación será la observación directa, se realizará mediante fichas y entrevistas a usuarios y personal directamente involucrados en procesos de mediación.

**Entrevista:**

La entrevista consiste en una forma de comunicación interpersonal y sistematizada que se da entre el investigador y un profesional especializado o varias personas que son sujeto de un estudio, esto permite recopilar información valiosa que luego será analizada por el investigador, a través de este instrumento (entrevista semiestructurada) lograremos obtener todos los datos de estadísticos necesarios sobre los procesos de mediación de solicitud directa y derivados por las unidades judiciales, conocer la cantidad y la determinación de la necesidad de una mediación prejudicial obligatoria.

**Diario de campo:**

Este instrumento permite anotar y registrar toda la información en las actividades propias de la investigación de campo, como en el momento de la entrevista; logrando así, recopilar las diferentes experiencias que sirven para la investigación al igual que la obtención de datos ya procesados que constan dentro de los análisis estadísticos y de acuerdo a nuestro tema de investigación dichos datos se encuentran ya tabulados en los Centros de Mediación de la Función Judicial y son la base de nuestra investigación.

El cuestionario o pliego de preguntas pueden variar en función de los objetivos específicos del estudio y las características del entrevistado, de tal forma que podemos establecer las siguientes interrogantes:

¿Cuál es su conocimiento y experiencia relacionado a los MASC?

¿Conoce qué disposiciones del derecho positivo ecuatoriano garantizan el acceso a la justicia sin requerir de un proceso judicial?

¿Considera que la derivación de oficio de los procesos judiciales al centro de mediación garantiza el principio de voluntariedad?

¿Cuál es su opinión sobre la importancia de la aplicación de la mediación obligatoria como medio que permita garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y principios constitucionales?



¿Considera que la mediación obligatoria debe ser un requisito previo al inicio de un proceso judicial?

Una vez concluida la investigación se podrá realizar un análisis sobre la constitucionalidad de la aplicación de la mediación obligatoria previo al inicio de un proceso judicial, además permitirá elaborar las conclusiones y recomendaciones más importantes del objeto de estudio y que podrían servir y ser conducentes a fin de mejorar aspectos inherentes a la legislación y a la forma de concebir los MASC.

## **CONCLUSIÓN**

La metodología se enfoca en recoger los criterios de los profesionales del derecho que han formado parte de un proceso de mediación, sea como abogados patrocinadores, mediadores o usuarios. Se emplea la investigación exploratoria que ha permitido tener una información general y aproximada sobre el tema objeto de estudio. Como método teórico empírico se ha recurrido a la revisión documental, y como instrumento se ha utilizado la entrevista.

## **CAPÍTULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **RESULTADOS:**

Del estudio y análisis realizado, podemos indicar que se obtuvo información muy importante y relevante en relación al tema de investigación propuesto mismo que lo detallamos a continuación:

Los métodos alternativos de resolución o solución de conflictos, según la Organización de las Naciones Unidas, constituye un derecho humano del siglo XXI, cuyo ejercicio efectivo se encuentra bajo la responsabilidad de los estados. Así mismo, es un deber incorporarlos y propiciar dentro de los ordenamientos jurídicos de cada país, la incorporación de los MASC dentro de los sistemas nacionales de administración de justicia; misma que ha perdido credibilidad en los sectores sociales y populares, ya que se han realizado cuestionamientos en lo referente a la falta de cumplimiento de los plazos y términos en la tramitación de las causas; de igual forma, la falta de recursos económicos se han convertido en un limitante para que las partes accedan a la justicia; finalmente, el incremento de la demanda de los servicios de justicia han limitado el pronto despacho de los procesos y han congestionado los tribunales y juzgados en razón de que la sociedad ha optado por judicializar los problemas y conflictos generados a consecuencia de la complejidad de las situaciones sociales.

Dentro del análisis del derecho comparado, el acceso a la justicia se lo ha visto como el principio fundamental del derecho a la justicia con un valor más allá de las formalidades procesales e institucionales, indicando la importancia que tiene permitir al hombre insertarse en el contexto de su ciudadanía; el acceso a la justicia no solo se limita a la actividad jurídica de forma estricta, sino que también versa en la democratización del sistema judicial donde las partes tengan un acceso igualitario y una mayor participación en el manejo de sus conflictos, tomando en consideración que el estado tiene el control de la legitimidad de la justicia, pero ésta debe ser

compatible con toda forma de autocomposición social o comunitaria; es decir, el estado debe actuar en una adecuada sincronía entre la justicia formal y la alternativa.

Uno de los más grandes objetivos de los países, es la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles. El más alto deber del estado es proteger y tutelar los derechos de los ciudadanos, pero no solo por intermedio de un Poder Judicial autónomo, sino que también debe propender a fortalecer otras formas de solución de conflictos alternativas a un proceso judicial, mismas que por su naturaleza son más efectivas, menos costosas, más rápidas y con un grado muy alto de satisfacción. Los métodos alternos complementan el sistema de justicia, fomentan la cultura de paz y permiten un acceso a la justicia eficaz de forma responsable e inclusiva.

Alcanzar la resolución de un conflicto, implica una participación activa de las partes y una decisión construida a su medida. Se ha cuestionado la obligatoriedad de la mediación, doctrinaria y legalmente existen posiciones muy divididas en torno al principio de voluntariedad; si bien es cierto, las partes estarían obligadas a acceder al método alternativo, estas pueden permanecer en la mediación y llegar o no a un acuerdo, pueden abandonarlo en cualquier momento e incluso no podrían asistir; así mismo, es necesario indicar que la obligatoriedad de la mediación según otras legislaciones se centran en la necesidad de someter ciertas controversias a mediación como primer paso antes de acceder a un proceso judicial en razón de su naturaleza y en materias que se puedan transigir; de igual forma, los administradores de justicia (jueces) una vez que conocen sobre el fondo de la controversia y de así considerarlo pueden referir o derivar el conflicto a mediación. En el Ecuador, el Juez tiene la facultad de así considerarlo de oficio disponer que la controversia pase a un centro de mediación de manera obligatoria, de tal forma que existe una forma coercitiva de acceso a la mediación, con resultados alentadores, ya que dichas controversias se han solucionado en esta etapa y por ende se entendería que se puede establecer una forma de obligatoriedad en el acceso y solicitud de mediación previo a un proceso judicial.

El Consejo de la Judicatura del Ecuador, emite de forma anual el Informe Estadístico Jurisdiccional, en el cual se presenta un resumen de datos globales de la productividad judicial, en la que se hace un comparativo secuencial de dos años en donde se presentan datos de resolución, pendencia y congestión de las causas judiciales; de igual forma, la unidad de Gestión del Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial, presenta datos estadísticos de los ingresos por tipos de causas y los resultados obtenidos en mediación. De la información obtenida existen datos en lo referente a mediación desde el año 2014 hasta el año 2020, mientras que del informe estadístico jurisdiccional se presentan datos hasta el año 2022. En razón de analizar los datos de las dos entidades, presentaremos un estadístico de años similares.

**Gráfico 1. Tabla resumen – comparativo anual 2018-2019 – Tasa de Resolución**



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística (2019)

**Gráfico 2. Tabla resumen – comparativo anual 2020-2021 – Tasa de Resolución**

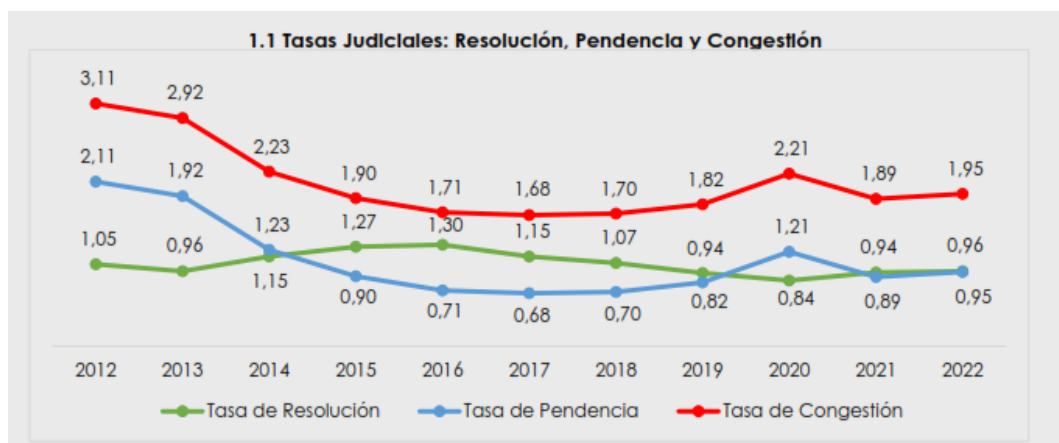


Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística (2021)

A través de dichas gráficas se explica que para interpretar los datos relacionados a las tasas constantes en los gráficos, respecto a la tasa de resolución, si esta es menor a uno, se estarían resolviendo menos procesos de los que han ingresado en el periodo en revisión, es decir se estaría incrementando la carga de trabajo atrasado por parte de las Unidades Judiciales.

Del gráfico que antecede se desprende que, a diferencia entre los años 2018 y 2019, la tasa de resolución no mejoro, pues bajo de 1.07 a 0,94 y si hacemos una referencia del 2019 al 2020, bajo aún más de 0,94 a 0,84, es decir se resolvieron menos causas que las que ingresaron, lo cual genera que aumente la tasa de congestión y se sobreentiende que la tasa de pendencia fue superior a un año, lo que indica incremento en la carga de trabajo atrasado.

**Gráfico 3. Tabla resumen – comparativo anual 2012-2022 – Tasas Judiciales: Resolución, pendencia y congestión**



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística (2022)

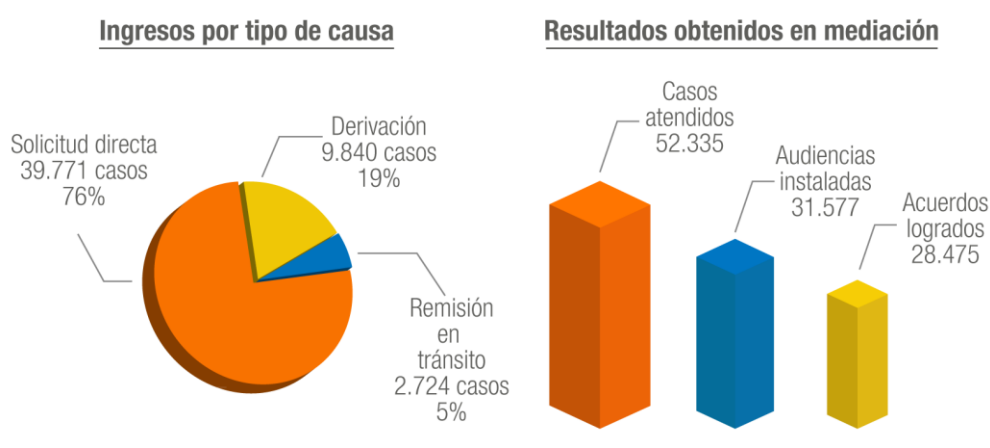
Del gráfico y de la descripción que consta en el referido informe, un punto a destacar para utilizarlo en el presente trabajo, se refiere a la tasa de pendencia, que trata de las causas pendientes al final del período y el número de causas resueltas en este tiempo y, a la tasa de congestión que corresponde al número de causas ingresadas en el año, más las en trámite al inicio del período, frente a las resueltas; de lo que en relación a esta dos últimas tasas la institución refiere que, la tasa de pendencia de 0,95, representa que ha tomado cerca de un año resolver las causas pendientes; y que, en relación a la tasa de congestión que fue de 1,95 evidenció una carga procesal mayor, en relación a este indicador en comparación con el del anterior año que fue de 1,89. De los datos estadísticos constantes en el informe referido, se desprende que la tesis de que existe congestión de causas en las unidades judiciales del país, es una realidad, ya que la tasa de pendencia, es decir aquella relacionada a las causas pendientes, demuestran que toma cerca de un año

el tener una sentencia o resolución judicial y; que la tasa de congestión o carga procesal se ve incrementada en el tiempo; por lo que es prudente considerar opciones para mejorar la atención de las causas, en el sistema judicial.

Ahora presentaremos una estadística relacionada al ingreso de causas a mediación, los casos atendidos, las audiencias instaladas y los acuerdos logrados.

#### Gráfico 4. Tabla resumen – ingreso causas a medición 2018

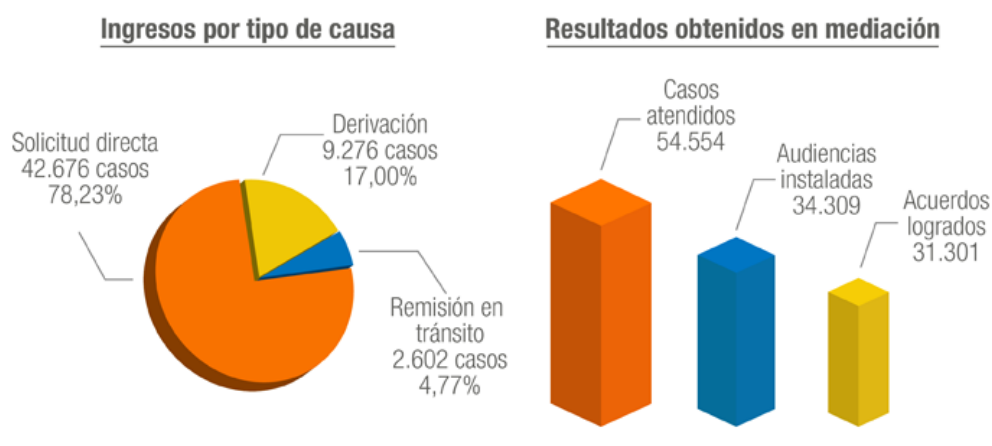
Desde enero a diciembre de 2018, el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial recibió 52.335 casos entre solicitudes directas, derivaciones y remisiones en tránsito, obteniendo los siguientes resultados:



Fuente: Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial

#### Gráfico 5. Tabla resumen – ingreso causas a medición 2019

Desde enero a diciembre de 2019, el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial recibió 54.554 casos entre solicitudes directas, derivaciones y remisiones en tránsito, obteniendo los siguientes resultados:

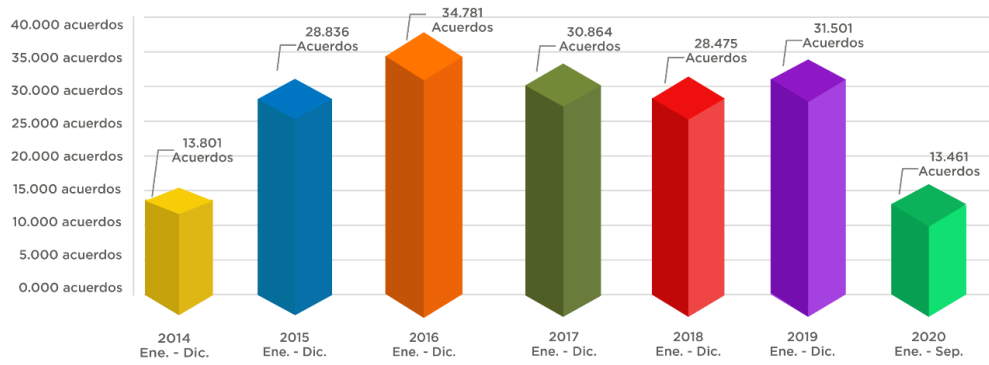


Fuente: Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial

## Gráfico 6. Tabla resumen – acuerdos logrados en medición 2014-2020

### Acuerdos logrados por años

En el año 2020, del total de audiencias instaladas, el 92,15% llegaron a un acuerdo.  
En el año 2019, del total de audiencias instaladas, el 91,82% llegaron a un acuerdo.  
En el año 2018, del total de audiencias instaladas, el 90,18% llegaron a un acuerdo.  
En el año 2017, del total de audiencias instaladas, el 89,94% llegaron a un acuerdo.  
En el año 2016, del total de audiencias instaladas, el 88,95% llegaron a un acuerdo.  
En el año 2015, del total de audiencias instaladas, el 85,97% llegaron a un acuerdo.  
En el año 2014, del total de audiencias instaladas, el 83,60% llegaron a un acuerdo.



Fuente: Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial

De la información obtenida se puede verificar que de las audiencias instaladas a durante los años 2014 – 2020, el porcentaje de acuerdos logrados fluctúa entre un 83% a 92 %, es decir el método de mediación ha sido beneficioso, así mismo se puede evidenciar que alrededor del 22% son derivaciones y remisiones.

Tomando en consideración todos los datos obtenidos, es claro que la mediación obligatoria contribuiría significativamente a que los proceso judicializados puedan ser solventados a través de este método alternativo, en razón de la tasa de pendencia y congestión es muy elevada, lo cual contribuiría eficientemente a garantizar la tutela efectiva de derechos y el acceso a la justicia y aún más beneficiaria al órgano judicial a reducir su carga laboral represada, lo cual hace que nuestro proyecto de investigación sea real y sobre todo viable.

La mediación prejudicial obligatoria brinda varios beneficios, entre los más importantes se pueden mencionar que es un mecanismo idóneo para resolver conflictos y disminuir la carga procesal de Tribunales y Juzgados, permitiendo y facilitando a todos los ciudadanos el acceso a la justicia, la tutela efectiva de sus derechos y haciendo efectivos los principios de celeridad y economía procesal; actualmente existe resistencia por parte de la sociedad y los profesionales del derecho en tener una participación más activa en los procesos de mediación, ya que

lo consideran como una pérdida de tiempo al no ser obligatoria su comparecencia y lesiva a sus intereses económicos. Pero, las experiencias de otros países alientan su aplicación, ya que inicialmente existió rechazo y resistencia, pero paulatinamente se avizoró que el tiempo empleado en la solución de un conflicto es verdaderamente muy corto y eficaz, con un mínimo desgaste emocional y económico, lo cual motivo a la sociedad a optar por éste método; de igual forma, la existencia de ciertos temas que por su naturaleza revisten de complejidad hace necesaria la participación de un profesional en derecho quien asista a las partes, de tal forma que no se ve comprometido los ingresos u honorarios de los profesionales del derecho, es más la celeridad en la obtención de un resultado positivo, permite que sus clientes aumenten la confianza en su patrocinador, en relación a los buenos resultados obtenidos de forma ágil, manteniendo sus relaciones personales y su estabilidad emocional.

La mediación obligatoria si bien no es formal, aplica ciertos procedimientos de la justicia ordinaria, pero con una disminución del tiempo empleado para resolver un conflicto, ya que las partes de forma directa y con la asistencia de un tercero que gestione el conflicto y facilite la comunicación permitirán alcanzar y construir un acuerdo acorde a sus intereses y necesidades en un tiempo muy corto a diferencia de los procesos judiciales que pueden tomar años y en ocasiones no generan ningún resultado ya que por el transcurso del tiempo varios son declarados en abandono.

### **DISCUSIÓN:**

Posterior al análisis realizado, podemos manifestar que la mediación prejudicial obligatoria en varias legislaciones de los países de Latinoamérica, es un medio eficiente y eficaz que garantiza la resolución pacífica y armoniosa de las controversias, es un medio que permite avizorar caminos plenamente viables para obtener respuestas a sus requerimientos, necesidades e intereses; de forma indirecta permitirá que la carga procesal de los juzgados se reduzcan significativamente, evitando de esta manera que los plazos y términos de resolución judicial de las causas se incrementen y produzcan gastos muy significativos para el estado y para las partes.



La mediación prejudicial obligatoria busca romper los esquemas mentales relacionados a la forma de resolver los conflictos de una forma adversarial, sometiendo sus controversias a la decisión de un Juez, en donde claramente se establece la figura de ganador y perdedor, lo que al entender de la psicología social produce desgaste emocional, incertidumbre y desafíos innecesarios, aspectos que plenamente se contraponen a la mediación, en donde los conflictos se resuelve con autonomía propia de las partes, ya que el principio rector de voluntariedad nunca se verá afectado o vulnerado ya que son las propias partes quienes voluntariamente arriban de ser necesario a un acuerdo, en ningún momento se violenta su derecho a decidir de forma autónoma y personal continuar en el proceso de mediación hasta su conclusión, la cual únicamente surtirá efectos a través de la firma del acta de mediación con un acuerdo parcial o total, imposibilidad de acuerdo o incluso una constancia de imposibilidad de mediación en el caso de que cualquiera de las partes no asistan a la reunión previa de mediación o a la audiencia.

El establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos busca lograr una cultura de resolución de conflictos de forma pacífica y armónica; así mismo, a través de esta práctica, quiere mejorar el acceso al sistema judicial. La mediación constituye uno de los pilares que ofrece a las partes un espacio de colaboración para la construcción de consensos, permite restablecer los canales de comunicación que se han roto y asociar a las partes en la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias.

Si la mediación se produce por derivación judicial, estaríamos ante una forma de mediación aparentemente obligatoria, pero es aquí en donde se tiene que hacer efectiva la cultura de paz y que ésta garantice los fines de la mediación; hay que recordar que son las partes quienes buscarán lograr un acuerdo de forma voluntaria, sin coacción, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y mediación en su parte pertinente manifiesta: “La **mediación** es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, **procuran un acuerdo voluntario**, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo; y si bien se puede llegar inicialmente por orden o mandato, lo importante del principio de voluntad **se centra en permanecer dentro del proceso**

alternativo y lograr o no un acuerdo voluntario. Desde esta perspectiva no se vulneraría de ninguna forma el principio de voluntariedad ya que se mantiene el respeto irrestricto a que son las partes quienes procuran un acuerdo voluntario, lo cual en ningún momento se rompe, y se debe seguir trabajando para que culturalmente se promueva e incentive la mediación voluntaria fuera del contexto judicial.

El retardo en las resoluciones y sentencias judiciales, hace necesaria la investigación propuesta, de tal forma que permitan hacer efectivos los principios constitucionales relacionados al acceso a la justicia, tomando en consideración la materia y línea de investigación seleccionada, con la finalidad de que la mediación prejudicial, sea exigida como requisito obligatorio en los procesos controvertidos y de esta forma las partes promuevan una cultura de paz, que permita la convivencia armónica y pacífica, además de la pronta solución de sus diferencias; más aún si tomamos en consideración que al llegar a un litigio judicial intervienen terceros que no tienen relación directa con la controversia y producen un desgaste emocional, un uso innecesario de los recursos de la administración de justicia, tanto en el tiempo del órgano judicial y en el uso de los recursos económicos que proporciona el Estado.

Un acto extrajudicial de mediación, ayudaría de forma significativa al sistema judicial ecuatoriano, por cuanto evitaría que procesos en los que es factible alcanzar acuerdos mutuos sean judicializados y puestos en conocimiento de un juez de forma innecesaria, ya que además de la solución de un conflicto de forma ágil y rápida, también repercute en la reduciendo de la carga laboral de los juzgados y permitiría que los procesos puestos en conocimiento judicial y extrajudicial sean resueltos con mayor agilidad, haciendo efectivo el principio de celeridad.

Lo que quedaría pendiente son interrogantes que aparentemente tendrían una respuesta general, pero es necesario un análisis legal y doctrinal del derecho comparado, en países que ya aplican la obligatoriedad de la mediación en lo referente a conocer: Cuáles son los límites de la mediación?; es necesario que los centros de mediación cuenten con mediadores especializados?; dependiendo de la materia y complejidad, es necesario y obligatorio contar con un profesional del

derecho en los procesos de mediación?; son varias interrogantes que se plantean para obtener respuestas en futuras investigaciones.

Es necesario dejar indicado que para que la mediación obligatoria como requisito previo al inicio de un proceso judicial sea efectivo, requiere de ciertas reformas al Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 142, se agregara otro numeral como requisito de la demanda, este sería: “Acta de imposibilidad de acuerdo o imposibilidad de medicación”; de igual forma se reformaría el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y mediación en la que se añadirá al final del artículo el siguiente texto: “Se establece con el carácter de obligatorio la mediación previa al inicio de todo proceso judicial”; y finalmente requiere de reforma el literal c del artículo 46 de la ley antes citada en la que se elimine la parte que dice: “siempre que las partes lo acepten.”; de esta manera se logrará cumplir y garantizar los derechos y principios constitucionales a favor de todo ciudadano.

## **CONCLUSIÓN**

Se ha podido establecer que el Sistema de Justicia busca hacer efectivo el acceso a la justicia como parte esencial de los servicios públicos, al ser el acceso la justicia un derecho humano del siglo XXI, se pretende hacerlo efectivo a través de procesos judiciales y extrajudiciales, dentro del segundo se encuentran los métodos alternativos de solución de conflictos, la mediación es uno de los métodos con mayor relevancia de aplicabilidad y establecer un sentido de obligatoriedad permitiría que no solo solvete y solucione el conflicto entre las partes, sino que contribuiría a mejorar el sistema judicial ordinario, la voluntariedad no se vería afectada en razón que es el propio ciudadano el que decide permanecer dentro del proceso de mediación y así mismo es quien deforma libre , voluntaria y autónoma construye o no un acuerdo que satisfaga sus necesidades e intereses.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CONCLUSIONES

- Luego de la investigación realizada y el análisis efectuado, es necesario indicar que el acceso a la justicia, no solo es un principio constitucional de los estados, sino que se establece como un derecho humano fundamental. Las distintas legislaciones de países hermanos concuerdan en el sentido de considerar que los métodos alternativos forman parte del sistema de justicia y por ende se constituye en un servicio público al cual el ciudadano tiene el derecho de ejercerlo. Claramente se han expuesto fundamentos jurídicos y doctrinarios suficientes y relevantes que propendan la exigencia coercitiva de la mediación, el sistema de justicia debe incluir mecanismos auto compositivos que permitan la solución de controversias de forma directa entre las partes, esto ha permitido una reorganización de la Función Judicial con los cuales se pretende amparar los derechos de todos y todas, hacer efectivos los principios constitucionales de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y las garantías del debido proceso, permitiendo resolver los conflictos sin dilaciones, armonizando la comunicación entre las partes y logrando construir un acuerdo acorde a sus necesidades e intereses.

El acceso a la justicia se vincula directamente al sistema de justicia y en consecuencia es un servicio público, al cual se debe acceder de forma oportuna y garantizando el cumplimiento de los derechos y principios constitucional; establecer la mediación como requisito previo a un proceso judicial, permitiría un amplio mejoramiento de la administración de justicia estatal ya que facilitaría que las causas que lleguen a conocimiento de un Juez sean solventadas de forma más oportuna.

- Las normas del derecho positivo relacionadas a la mediación se centran en el principio de voluntariedad dentro de momentos posibles: 1) la voluntad de acceso al método (de forma directa, derivación o remisión), 2) la permanencia dentro de este (reuniones previas y audiencia) y 3) la voluntad o no de establecer acuerdos. El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación

en su parte pertinente dice procurar un acuerdo voluntario, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 294 numeral 6, faculta al juzgador disponer que la controversia pase a un centro de mediación, es decir se existe una forma de cohesión y obligatoriedad de acceder a la mediación entendida de forma tácita mas no expresa. Es claro que la voluntariedad no solo se lo hace efectivo en el momento del acceso a la mediación sino que más bien se centra en su permanencia y en la facultad de abandonarla cuando así lo considere las partes y en la posibilidad de llegar o no a un acuerdo, de tal forma que no se vería vulnerado ni afectado el principio de voluntariedad a través del establecimiento de la mediación obligatoria previo al inicio de un proceso judicial.

- Se pudo evidenciar que existen varios puntos de vista y ciertas percepciones positivas sobre la aplicación de la mediación obligatoria, inicialmente diremos que para ciertas personas no hay nada mejor que someter sus controversias al sistema judicial ordinario, para otros este sistema presenta múltiples falencias, es necesario indicar que la mediación no pretende suplantar al sistema de justicia, sino complementarlo, es un soporte para la justicia ordinaria ya que los dos se retroalimentan y fortalecen permanentemente. Para entenderlo de mejor manera es necesario indicar los beneficios que brinda la mediación: es ágil, a comparación de la justicia ordinaria mientras esta puede durar años, la mediación requiere muchas de las veces de una sola sesión; es economía:, ya que por su propia dinámica la mediación ahorra tiempo, dinero y evita un desgaste emocional; tiene adaptabilidad, ya que las necesidades e interese de las partes se toman en consideración a fin de lograr un acuerdo justo y neutral; es democrática, ya que los sujetos intervinientes tienen la facultad de tomar la decisión más adecuada y acertada a sus intereses de manera libre y voluntaria; es un método profesional ya que las partes son guiadas adecuadamente por un especialista; contribuye a la descongestión procesal, ya que permite que ciertas causas sean sujetas a mediación lo cual alivia el saturamiento del sistema de justicia; fomenta una cultura de aprendizaje y paz, en virtud que impulsa la autonomía en la solución de controversias y se crea una visión

distinta de los conflictos, etc.; es evidente que la obligatoriedad de la mediación permitirá que los principios y garantías constitucionales sean efectivos en los procesos intra y extraprocerales.

## RECOMENDACIONES

- El desconocimiento del reconocimiento constitucional de los medios alternativos de solución de conflictos y su aplicación, se han constituido en un limitante que impide que la sociedad y los ciudadanos que se encuentran en conflicto, puedan optar por esta forma de solución de sus desavenencias. Es necesario impulsar y promover desde edades más tempranas, la necesidad de resolver los problemas de una forma amistosa y armónica, en donde las partes sean los protagonistas principales de la búsqueda de las soluciones a sus conflictos, propulsando una cultura de paz. Esto es viable por parte del Estado a través del Ministerio de Educación y demás instituciones, quienes pueden adaptar dentro de las mallas curriculares un eje transversal de educación en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de forma especial la mediación, tal como se lo viene haciendo con la educación sexual, la igualdad de género, la educación vial, entre otras temáticas sumamente importantes para el desarrollo y construcción de una sociedad más culta, equitativa e igualitaria.
- Realizar un análisis sobre la efectividad de la ley de Arbitraje y Mediación, misma que se encuentra vigente desde el año 1997, la cual no ha sido sujeta de reformas, pese a las nuevas exigencias que devienen de la globalización y del desarrollo tecnológico; incorporando nuevos requerimientos para quienes vayan a ser mediadores, tomando en consideración la necesidad de que sean profesionales capacitados, especializados en materias que revistan complejidad y que si bien no se requiera que sean profesionales en derecho, por lo menos cuenten con conocimientos mínimos en materia legal a fin de evitar vulneración de derechos y garantizar que el proceso de mediación ponga un fin definitivo al conflicto y posteriormente no se vea abocado a una posible nulidad del acta en razón de la vulneración a las normas legalmente constituidas y a los derechos de las partes.

- A fin de dar a conocer los aspectos más relevantes de la mediación, es necesario desarrollar una guía de información y socialización de los MASC, a través de la cual se dé a conocer la necesidad de la obligatoriedad de la mediación en contraposición con la mediación facultativa o voluntaria, misma que les permita al ciudadano realizar una deliberación sobre la forma más adecuada de resolver un conflicto, en la cual se le dote al ciudadano del conocimiento necesario a fin de que pueda asimilar, informar y difundir a quienes se encuentren en su entorno, las ventajas que ofrece la mediación prejudicial obligatoria y su aplicabilidad; así mismo es necesario que el Estado a través de la Función Judicial extienda el radio de acción de los Centros de Mediación de la Función Judicial, mismos que deben cubrir todo el territorio nacional, además de que deben contar con mediadores capacitados que puedan gestionar de forma adecuada el conflicto; promover la participación y acompañamiento de defensores públicos en procesos de mediación que guarden un mayor grado de complejidad; de igual forma, se debe permitir la colaboración de centros de mediación privados para la derivación de causas solicitadas por las partes, y sean éstas quienes puedan elegir el centro de mediación que les permitan solucionar sus controversias garantizando el ejercicio efectivo de sus derechos de forma rápida y ágil,

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carnap, Martin et al (2002). Introducción al manejo de conflictos: negociación y Aikido, San José, Costa Rica.
- Dr. SÁNCHEZ, Manuel (1987), Diccionario Básico del derecho, Heliasta, 1era ED, Ambato – Ecuador.
- NUÑEZ, Jaivivi; TRUJILLO, Alfredo, (2008), Manual Práctico de Mediación, Legis, 1era ED, Bogotá D.C. Colombia.
- DUPUIS, Juan, (2001), Mediación y Conciliación, Abeledo -Perrot, 2da ED, Buenos Aires.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2016) Estándares Internacionales de Derechos Humanos aplicables al acceso a la información, la participación pública y al Acceso a la Justicia. Disponible en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40415/1/S1600291\\_es.pdf](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40415/1/S1600291_es.pdf)

- Organización de Estados Americanos (OEA) Departamento de Derecho internacional. (2000). Resoluciones de la Asamblea Nacional. Disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/tercera\\_reuni%C3%B3n\\_de\\_ministros\\_de\\_.htm#Primera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales \(Buenos Aires, 1997\).](http://www.oas.org/juridico/spanish/tercera_reuni%C3%B3n_de_ministros_de_.htm#Primera Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales (Buenos Aires, 1997).)
- Organización de Estados Americanos, Consejo Permanente (2000) Resolución OEA/Ser.K/XXXIV.3REMJA-III/doc.13/00rev.2. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/remjaIII\\_recomend.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/remjaIII_recomend.pdf)
- Organización de Estados Americanos, Consejo Permanente (2001) disponible en: [https://www.google.com.ec/search?q=normativa+internacional+sobre+metodos+alternativos+de+resolucion+de+conflictos&oq=normativa+internacional+sobre+metodos+alternativos+de+resolucion+de+conflictos+&aqs=chrome..69i57.14796j0j8&sourceid=chrome&es\\_sm=91&ie=UTF-8](https://www.google.com.ec/search?q=normativa+internacional+sobre+metodos+alternativos+de+resolucion+de+conflictos&oq=normativa+internacional+sobre+metodos+alternativos+de+resolucion+de+conflictos+&aqs=chrome..69i57.14796j0j8&sourceid=chrome&es_sm=91&ie=UTF-8)
- Comité Jurídico Internacional, Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2008, p. 196, <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2008.ESP.pdf>, consulta: 27/07/09
- Álvarez G. y Higton E (2001). La mediación en el panorama latinoamericano. Sistemas Judiciales. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/667.pdf>
- Paredes, A. (2012) Mediación familiar obligatoria: Una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Pág.189-224. DOI 10.7770/RCHDYCP-V3N2-ART220.
- Morocho Moncayo, J. (2004). La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana. Riobamba: Edipcentro.
- Farré Salvá, S, “Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo”, ed. Ariel (Barcelona, 2004), 37.
- Frank Sander, E.A, “Another view of Mandatory Mediation. Dispute Resolution” Magazine, Vol 13. (2007).
- Paulina Gómez, “La mediación una forma alternativa de resolución de conflictos, su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (Chile, 1999), 392.
- Jaime Vintimilla, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, Revista MASC Ecuador No. 1 (2005), 10.
- Adriona Schiffrin, “La mediación: aspectos generales”, ed. Paidós, (Argentina, 1996), 7.
- Centro de Arbitraje y Mediación UEES, “La mediación y su eficacia en la solución de conflictos”, <https://www.uees.edu.ec/camuees/noticias/mediacion-y-su-eficacia-en-la-solucion-de-conflictos.php>



- Macarena Vargas Pavez, “MEDIACIÓN OBLIGATORIA: ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN”, Revista de derecho (Valdivia), 21(2). (2008), 183-202.
- Ximena Bustamante, “La naturaleza jurídica el Acta de Mediación” (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 12.
- Floyer Acland, A. (1990). Como utilizar la Mediación para Resolver Conflictos en las Organizaciones. Barcelona. (s.e.)
- Marabotto, J. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Disponible en: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/116AccesoalajusticiayDDHH.pdf>.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, (2008). Acceso a la Justicia. Disponible en: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/118Accesoalajusticia.pdf>
- Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial (2021). Datos Estadísticos. Disponible en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos>