



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA: ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO Y SU  
POSIBLE IMPLEMENTACIÓN EN EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesora Guía  
Abg. Lorena Naranjo Godoy

Autora  
Laura Viviana Salas Sacoto

Año  
2015

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUIA

.

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

---

Lorena Naranjo Godoy  
Abogada.  
CI: 1708293780

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

Laura Viviana Salas Sacoto.  
C.I 0103573499

## **AGRADECIMIENTOS**

En primer lugar, agradezco a Dios por ser la guía en cada etapa de mi vida. A mis padres, quienes con el mayor esfuerzo han procurado brindarme la mejor educación. Un agradecimiento especial a la doctora Lorena Naranjo, por dedicar su tiempo para que esta investigación pueda llevarse a cabo.

A la Universidad de las Américas, y a todas y todos los docentes que conformaron parte integral de mi formación académica.

## **DEDICATORIA**

Esta investigación va dedicada a mis padres, pilar fundamental en mi vida, y a todas aquellas personas que piensan que en Ecuador es posible un cambio cultural, fundamentado en la transformación de la educación legal y la cultura de paz.

## RESUMEN

El Sistema de Administración de Justicia en Ecuador se ha visto limitado en el cumplimiento de sus objetivos debido a la crisis por la que atraviesa. Ecuador se reconoce como un país en el que existen altos índices de litigiosidad, y es por ello que se necesita adoptar medidas que no solo beneficien al sistema, sino también a los usuarios, ya que la ciudadanía percibe que el sistema de justicia no responde de manera oportuna a las necesidades ciudadanas.

Frente a esta problemática, se origina un reto que atañe tanto al sistema judicial como a la ciudadanía, y es el de adoptar mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos. Se propone, entonces, el contemplar a los Centros de Mediación como una opción eficaz, a través de la reforma de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente; basándose en la experiencia argentina, referente latinoamericano respecto al tema, misma que ha marcado una tendencia para resolver los conflictos de manera positiva al utilizar, de forma obligatoria, la mediación como herramienta que antecede a cualquier proceso judicial.

## ABSTRACT

The System of Administration of Justice in Ecuador has met limited in the fulfillment of his aims, due to the crisis for that crosses. Ecuador is established as a country in which there are high rates of litigation, is why is need to take measures that will not only benefit the system but also to the users, because the public perceives that the justice system does not respond in a timely manner to citizens' needs.

Faced with this problem, originates a challenge that concerns both the judiciary and the public, and is to adopt extrajudicial dispute resolution mechanisms. We propose, then, to consider Mediation Centers as an effective option, through the reform of the Law on Arbitration and Mediation; based on the Argentinian experience, Latin American reference on the subject, which has marked a trend to resolve conflicts in a positive way by using, mandatorily, mediation as a tool that precedes any prosecution.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. CAPÍTULO I: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....	4
1.1 Antecedentes de los métodos alternativos de solución de conflictos. ....	4
1.2 Conceptualización de los métodos alternativos de solución de conflictos. ....	8
1.3 Los métodos alternativos de solución de conflictos en Ecuador. ....	10
1.4 Los métodos alternativos de solución de conflictos reconocidos en el Ecuador.....	15
1.4.1 Los jueces de paz. ....	15
1.4.2 La Conciliación.....	18
1.4.3 La Negociación. ....	20
1.4.4 El Arbitraje. ....	22
2. CAPÍTULO II. LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR: FUNCIONALIDAD Y SU PROCEDIMIENTO. ....	28
2.1 Funcionalidad de los centros de mediación en Ecuador. ....	32
2.2 Proceso de mediación en Ecuador: .....	43
3. CAPÍTULO III. LA MEDIACIÓN EN ARGENTINA: FUNCIONALIDAD Y PROCEDIMIENTO. ....	48
3.1 Antecedentes de la mediación en Argentina. ....	48
3.2 Evolución normativa de la mediación Argentina. ....	50
3.3 Funcionalidad de la mediación en Argentina.....	52
3.4 Proceso de mediación en Argentina: .....	61

4. CAPÍTULO IV. DE LA MEDIACIÓN VOLUNTARIA A LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA.....	64
4.1 Características de la mediación Argentina y la mediación Ecuatoriana.....	64
4.2 La Obligatoriedad como eje de la eficiencia del proceso de mediación en Argentina. ....	80
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. ....	86
5.1 Conclusiones.....	86
5.2 Recomendaciones .....	88
REFERENCIAS .....	91

## INTRODUCCIÓN

El conflicto es un hecho inherente a la vida de los seres humanos, está presente en todas las sociedades y constantemente estamos frente a un tipo diferente de ellos. Su existencia se ve ligada a civilizaciones antiguas, pues desde que existe la sociedad también existe el conflicto, y se puede decir incluso, que de cada conflicto se deriva una experiencia, misma que podría llegar a ser positiva o negativa según las condiciones de su resolución o enfrentamiento.

Etimológicamente, el término conflicto proviene del latín *conflictus*, cuya primera acepción, según el Diccionario de la lengua española (2001) es “combate”, “pelea” o, a su vez, el “momento en que la batalla es más dura y violenta”.

Dupuis (1997, p. 37), precisa que el conflicto “se trata, en sentido amplio, de una controversia o confronte entre dos personas que sustentan una opinión distinta sobre un bien de la vida”.

“Estudios sociológicos han demostrado que ante un conflicto subyacen varias conductas típicas o comportamientos tales como: competir, ceder, o convenir; al competir, los intereses propios están por encima del otro, la parte que está compitiendo va a persuadir a la otra para que esta ceda; por el contrario si una parte tiene deseo de ceder, va a permitir que la otra dé a conocer sus aspiraciones; por último, hablamos de convenir cuando se ha logrado una satisfacción mutua de los deseos y aspiraciones de las partes aunque no sea en igual proporción, una de las partes va a ceder su posición originaria” (Highton y Álvarez, 1996, p. 72).

Asimismo, frente a las dificultades étnicas, sociales y morales, las diferentes culturas, a lo largo de la historia, han derivado sus conflictos a personas de edad avanzada, atendiendo a su experiencia en búsqueda de posibles soluciones.

Desde la antigüedad las divergencias se daban por causas como la discriminación entre clases sociales, conflictos territoriales o controversias comerciales; por ello era necesario buscar una salida a las disputas, sin que ello implique demasiadas formalidades, sobre todo en el ámbito comercial.

Es importante llevar a cabo un proceso de transformación enfocado a desnaturalizar el conflicto, convirtiendo sus aspectos negativos en positivos y de esta manera lograr que sus actores alcancen sus pretensiones, haciendo de ésta una experiencia constructiva y no destructiva.

El conflicto ha estado presente desde la época primitiva; las distintas comunidades competían por ideales que llegaban a ser incompatibles, de modo que se presentaban actos violentos para los que era menester encontrar un tipo de regulación y procurar el orden social.

En la actualidad, debido al reconocimiento de una crisis judicial que trasciende fronteras, la mayoría de legislaciones, sobre todo las latinoamericanas en razón de los altos índices de conflictividad, tratan de promover el uso de los métodos alternativos; entre los más utilizados tenemos la mediación.

La mediación es un mecanismo extrajudicial por medio del cual las partes voluntariamente buscan la solución a su controversia, pero resulta que no todas las legislaciones reconocen o le dan la característica de voluntaria a la mediación, como es el caso de Argentina.

En Ecuador, se puede reconocer altos índices de litigiosidad desde la década de los años 90; por ello, se vuelve trascendental la búsqueda de soluciones que aporten al problema de la saturación del sistema de justicia, tratando de implementar un posible cambio en la cultura jurídica.

Como veremos a continuación, la búsqueda de un cambio puede ser posible atendiendo a la experiencia de la Legislación Argentina, misma que ha dejado de contemplar al litigio como única opción de resolución de conflictos, coadyuvando así a cambiar la mentalidad de los ciudadanos.

En los párrafos siguientes, se abordará el surgimiento histórico de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

## 1. CAPÍTULO I: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

### 1.1 Antecedentes de los métodos alternativos de solución de conflictos.

A lo largo de la historia, la humanidad ha buscado distintas formas de dar solución a los conflictos, ya que desde las sociedades más primitivas, el conflicto ha atravesado toda interacción humana.

“La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien porque convenían una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis. (...) La Ley del Talión [sirvió para] impedir que solo la fuerza brutal fuera la causa motivante de la justicia” (Gonzaíni, 1995, p. 1).

Así, en Grecia, cuna de la civilización, la solución de conflictos tiene sus orígenes en la ley que regulaba la conciliación; de igual manera en Roma encontramos que la Ley de las Doce Tablas respetaba los acuerdos de las partes. Cicerón aconsejaba la conciliación, fundado en la molestia que le causaban los pleitos; expresaba que la conciliación era un acto digno de admiración y provechoso para quien lo realizaba (Larreategui, 1982, p. 157).

El Imperio Romano fue una civilización organizada de tal manera que se reunía para arreglar sus diferencias mediante el diálogo y la conciliación, con el objetivo de terminar un conflicto de manera amistosa.

En la Edad Media, según Salazar (1963, p. 155), existía la figura de los mandaderos de paz y avenidores, cuyo trabajo se basaba en conciliar pleitos según las indicaciones del Rey; en Las Partidas, cuerpo normativo de aquella época, se mencionaban la institución de los avenidores o amigables componedores.

“Durante la Edad Moderna la mediación se utilizó especialmente en el ámbito del Derecho Internacional, debido a la importancia del establecimiento de relaciones y al respeto de los pactos basados en la autoridad” (Miranzo de Mateo, 2010). En dicha época la justicia entre los Estados, solo se podía acordar a través de los buenos oficios, el arbitraje y la mediación.

Según el mismo Miranzo de Mateo, lo que se destaca de esta época “es la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre la solución de controversias internacionales” (2010, p. 9). Con la firma de dicha normativa se reconocería, entonces, la mediación jurídica como mecanismo no jurisdiccional de resolución de conflictos.

En cuanto a la Edad Contemporánea, tenemos el apareamiento de grandes avances científicos y tecnológicos que, además de las grandes oportunidades de desarrollo logradas, han generado desequilibrios culturales, políticos y económicos. Entre las peores consecuencias de ello tenemos las guerras mundiales, por lo que, a su vez, se hace necesaria la aparición de mecanismos de resolución de estos conflictos; entre ellos, siendo uno de los más importante, tenemos el Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919 para, de forma oficial, poner fin a la guerra entre Alemania y los Países Aliados, y así lograr una cultura de paz.

Entre los antecedentes que caracterizan a la Edad Moderna y la Contemporánea, tenemos que la mediación, en ámbito del Derecho Internacional, ha jugado un papel trascendental, pues se volvió una necesidad imperante para regular las convenciones que se realizaban entre países.

En este punto se puede concebir a los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) como una manera de impartir justicia que antecede a todo mecanismo judicial tradicional. El arbitraje, la mediación y la conciliación son “vías de respuesta optativas [que] no desacreditan la opción que la litis propicia, porque ésta tiene la ventaja de una elaborada preparación doctrinal y la síntesis depurativa que el paso del tiempo consigue” (Gonzáini, 1995, p. 5).

Es decir que los resultados a alcanzarse por medio de estas alternativas pueden ser iguales o equiparables a los que se alcanzarían con un proceso más profundo de litigio, pero en un período corto de tiempo.

En la actualidad, se ha retomado el uso de estos métodos apartados del sistema judicial, en la medida que se adaptan a las necesidades de la sociedad, sin poner en duda la utilidad del litigio en casos donde se torna indispensable recurrir a esta vía.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se fomenta la resolución alternativa de conflictos, y gracias a sus resultados, los MASC, hoy en día, se han implementado como instancia prejudicial obligatoria para mejorar la calidad del sistema de administración de justicia.

William Ury, reconocido especialista norteamericano en negociación y administración de conflictos dice que la realidad jurídica de muchos países es “la inculcada cultura adversarial y litigiosa [del] sistema de educación legal, que prepara abogados litigantes, gladiadores, y defensores de causas, en un sistema de choque de fuerzas [que] como lo expresa Mahatma Gandhi [resultará en] ojo por ojo, y terminaremos todos ciegos” (1995, p. 23).

De esta manera, en la experiencia norteamericana se facilita a las partes el acceso a distintos procedimientos que se basan en soluciones pacíficas y sin mayores formalidades. Tal es el caso de los *mini trial*, que implican “un sistema de encuentro voluntario entre intereses contrapuestos cuyos operadores directos son los abogados de las partes” (Gonzáini, 1995, p. 318), y que permiten lograr acuerdos beneficiosos para las partes sin la necesidad de dar inicio a un proceso judicial formal.

Latinoamérica, por su parte, se ha visto muy enriquecida de la experiencia norteamericana, puesto que los efectos de los MASC han trascendido en aquella cultura, a tal punto que se ha convertido en un referente importante de organización y cultura de paz.

Lo que marca la diferencia entre los Estados Unidos y Latinoamérica, ha sido su amplia experiencia en cuanto a resolución alternativa de disputas. Puntualmente, Estados Unidos ha adoptado una cultura preventiva, ya que desde la etapa inicial, en las escuelas, se enseña a mediar, siguiendo con las universidades, donde los estudiantes de leyes conciben una formación que no contempla necesariamente el litigio. Inclusive varios autores latinoamericanos han tomado como referente, en sus textos, a los estadounidenses para hablar sobre las posibles soluciones que se deberían implementar frente a la crisis por la que atraviesan los sistemas de justicia en nuestro contexto.

En Latinoamérica, Colombia ha sido uno de los primeros países que comenzó a impulsar y fomentar el uso de la mediación desde la década de los 90. Debido al historial violento que este país ha sufrido en estas últimas décadas, la mediación se ha convertido en una herramienta fundamentalmente adoptada para la resolución de conflictos internos, de modo tal que incluso los abogados practican la mediación en sus estudios jurídicos. En este punto podemos ver cómo cambia la concepción del abogado litigante.

Cabe recalcar que los MASC no son procesos nuevos, puesto que han existido desde épocas primitivas, como se ha expresado en párrafos anteriores. Su desarrollo y evolución se debe, principalmente, a la crisis del sistema judicial por la que atraviesan los países en la época contemporánea. Los formalismos que se deben cumplir en la justicia ordinaria dificultan la posibilidad de resolver los conflictos de manera eficaz y es por ello que las partes buscan la manera de solucionar conflictos con medios alternativos como la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, a tal punto que los Estados los han consagrado en sus Constituciones y Leyes como mecanismos preferentemente viables para la resolución de conflictos.

## **1.2 Conceptualización de los métodos alternativos de solución de conflictos.**

La búsqueda de la verdad ha sido el principal objetivo de todo sistema judicial, pero resulta que no es un tema sencillo y no siempre la verdad sale a la luz fácilmente. A ello, se debe sumar el hecho de que el sistema tradicional de justicia, considerado como adversarial, trae consigo un sinnúmero de dificultades tales como constantes enfrentamientos, desgastes emocionales, elevados costos, entre otras.

Debido a estas circunstancias, surge la necesidad de encontrar métodos alternativos que no tengan esas características y que procuren el bienestar mutuo para las partes envueltas en el conflicto.

Según Highton y Álvarez (1996), la Resolución Alternativa de Disputas (RAD) procura brindar una amplia gama de posibilidades para abordar conflictos sin la necesidad de adentrarse en el sistema judicial adversarial y que, además, tiene en su haber más de dos décadas de estar presente en los Estados Unidos y otros países.

En los Estados Unidos la población ha llegado a tener tal confianza en los MASC, que el litigio es utilizado solamente en casos estrictamente necesarios. Esto implica una experiencia de 50 años, y crece cada vez la necesidad de que a dichos mecanismos se les reconozca la importancia que merecen.

Florencia Brandoni (2011, p. 26) dice que en los Estados Unidos, durante los años ochenta, la mediación se institucionalizó como una respuesta al alto descrédito de los ciudadanos respecto del sistema de administración de justicia.

Los MASC, entonces, no buscan suplantar a la justicia ordinaria, sino agregar más vías de solución a las ya existentes; estos no deslegitimizan el poder judicial, sino que su objetivo es crear una labor compartida, fomentar la cultura de diálogo y no solo tratar los conflictos existentes, sino también prevenirlos.

Según William Davis (1994, p. 50), los MASC se definen como:

“Otro paso de la madurez del individuo en su relación con el Estado. En un país democrático cada ciudadano debe estar preparado razonablemente para resolver sus conflictos. Esta capacidad no solo estimula su participación en el bienestar de la sociedad, sino que comparte, en forma directa, las tendencias autoritarias”.

Para Highton y Álvarez (1996, p. 25), “además del litigio, siempre han existido otros modos de resolver conflictos”, mismos que pueden ser vistos desde dos concepciones:

- a) **Concepto amplio:** Desde el punto de vista conceptual y del análisis social, todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la relación social o la sumisión autoritaria, de manera que, en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución de conflictos.
- b) **Concepto restringido:** Lo que interesa no es introducir formas alternativas, sino las adecuadas para encauzar positivamente las disputas, a más de las que se solucionan por vía de su ingreso al sistema judicial, considerándose tales —en sentido estrecho— las que se conocen los abogados: arbitraje, mediación, conciliación.

La existencia de los MASC, tal como se expone, se debe, principalmente, al deficiente servicio de administración de justicia. Sin hacer distinciones para los sectores de una sociedad, la justicia en algunas ocasiones parece inalcanzable. Desde la perspectiva de los abogados, las ventajas que se atribuyen a los MASC son innegables, a tal punto que muchos de estos profesionales actúan como facilitadores y en ocasiones hacen el papel de mediadores.

Desde la aparición de los MASC como vías alternativas de solución de conflictos, su utilidad se ha vuelto innegable, tanto en el ámbito público como

en el privado. Los MASC siempre fueron una necesidad imperante en las diferentes áreas del Derecho, una realidad jurídica que había que implementar para el correcto funcionamiento de los sistemas de justicia. Justamente, lo que la mayoría de Estados buscan a través de su ordenamiento jurídico es garantizar el bien común; en este caso, el bien común estaría destinado a brindarnos seguridad jurídica sin importar las condiciones socioculturales o económicas, para que todos podamos acceder a una justicia imparcial y oportuna.

Uno de los pilares fundamentales de los MASC, aparte de contribuir con la descongestión de los sistemas de justicia, es garantizar el acceso a una justicia libre, voluntaria, sin dilaciones, desgastes emocionales y elevados costos económicos.

Es indispensable, que cada legislación adopte diseños normativos que se adapten a necesidades tanto jurídicas como culturales. En la mayoría de ordenamientos jurídicos, los diversos mecanismos de resolución de conflictos, tienen la misma finalidad como ha quedado expuesto.

A partir de su concepto, a continuación nos introduciremos en los distintos métodos alternativos de solución de conflictos desde la perspectiva ecuatoriana.

### **1.3 Los métodos alternativos de solución de conflictos en Ecuador.**

Los MASC se conciben bajo la filosofía del diálogo y la cultura de paz; su principal objetivo ha sido impulsar la participación ciudadana en la resolución de sus conflictos de manera pacífica para compensar, en cierta medida, la crisis que aqueja al sistema judicial.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 401, expresa lo siguiente:

“Si concurrieren ambas partes, el juez dispondrá que cada una, por su orden, deje constancia, en el acta que debe levantarse, de las

exposiciones que tuviere por conveniente hacer y, principalmente, de las concesiones que ofrezca, para llegar a la conciliación. Se entenderá que tales concesiones están subordinadas siempre a la condición de ser aceptadas en la conciliación, de tal modo que no implicarán, en caso alguno, reforma de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la demanda y en la contestación.

El juez, por su parte, procurará, con el mayor interés, que los litigantes lleguen a avenirse” (Código de Procedimiento Civil, 2011).

Es meritorio mencionar que los primeros antecedentes que encontramos respecto de los MASC en el Ecuador, se remontan a:

“la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de fecha 23 de octubre de 1963, publicada en el Registro Oficial No. 90 del 28 de octubre de 1963, en la Sección 3ª del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, la Sección 15ª del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial, artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 1501 del Código Civil” (Donoso Bustamante, 2011, p. 157).

Al respecto, Alberto Wray (1994, p. 23) señala que “en la legislación nacional parece estar implícita la idea de que los medios para la solución no procesal de conflictos tienen un carácter más bien marginal, tanto la legislación como la formación de abogados, parecen haberse concebido como si el proceso fuera la única puerta de salida”.

La anterior Constitución Política del Ecuador (1998), en su artículo 191 señalaba que:

“El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Con una redacción diferente, en la actual Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 190, se ratifica el reconocimiento de los MASC:

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Si hacemos una comparación entre la Constitución la República de 1998 y la del 2008, encontramos que la primera reconoce la justicia indígena como un mecanismo idóneo y aplicable para la resolución de conflictos pero no habla de materias transigibles, y la segunda señala el reconocimiento del arbitraje y la mediación como mecanismos que procederán en materias que por su índole se puedan transigir.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) en su artículo 17 hace referencia al principio de servicio a la comunidad y señala que:

“El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje”.

Cabe precisar que en el ámbito penal empiezan a existir reconocimientos en cuanto a la conciliación, ya que el actual Código Integral Penal (COIP), en su artículo 663 expresa lo siguiente:

“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.
3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Se excluye de este procedimiento 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”.

Con las normas mencionadas, se implementa en la legislación vigente, el reconocimiento de métodos alternativos al proceso judicial.

Si nos remitimos al orden histórico-cronológico por el que pasaron los MASC en nuestro país, se puede constatar que en un principio estos no tuvieron acogida, ya que la ciudadanía no estaba abierta a otra solución que no fuese el litigio; no obstante, con el transcurso del tiempo, se esperaba que los éstos fueran aceptados por los usuarios para la resolución de sus disputas.

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (LAM) fue promulgada mediante registro Oficial No. 145 el 4 de septiembre de 1997, y en su artículo 43 establece que “se podrán someter a un procedimiento de mediación las controversias que versen sobre materias transigibles, de carácter extrajudicial y definitivo que pongan fin al conflicto”.

Desde que esta ley entró en vigencia, la organización Pro Justicia ha brindado a las instituciones del Estado la capacitación y el apoyo económico para la creación de los diferentes centros de mediación en el país.

Asimismo, la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo ha sido una institución encaminada a luchar contra la corrupción, y se ha propuesto, como objetivo fundamental, velar por el fortalecimiento del sistema judicial en nuestro país.

El desarrollo de los MASC, está ligado principalmente a las decisiones tomadas durante la presidencia de Sixto Duran Ballén. Desde la instauración de estos métodos extrajudiciales se intenta fomentar en el país una cultura de diálogo que intente crear canales de comunicación entre las partes. Estos procedimientos también son una forma de hacer justicia, ya que consolidan el funcionamiento del poder judicial.

Los métodos alternativos de solución de conflictos son procesos relativamente nuevos, en consecuencia, es normal que la ciudadanía desconfíe del proceso, pues nuestra realidad es diferente a la de otras legislaciones como la estadounidense, cuya experiencia, como se dijo antes, alcanza más de 50 años, donde incluso se enseña sobre la utilidad de la mediación desde temprana edad en instituciones educativas.

Es por ello que el reto para la legislación ecuatoriana consiste en empezar a darle a los MASC la importancia que requieren como mecanismos extrajudiciales. El papel que juegan las instituciones educativas es muy importante, pues es allí donde se debe enseñar a mejorar la comunicación entre sus miembros y las universidades deberían dejar de formar abogados exclusivamente litigantes.

Todo esto supone un trabajo conjunto, que incluye también a los centros de mediación, donde los mediadores deben ser personas capacitadas que demuestren que el proceso puede llegar a ser verdaderamente útil. De esta

manera se puede esperar que los MASC lleguen a configurarse como parte de una justicia oportuna.

Para el fortalecimiento de los MASC en nuestro país, ha sido importante el apoyo, tanto de ProJusticia como de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD). Dichas instituciones han procurado coadyuvar con el sistema judicial. Si bien la ciudadanía, en el transcurso de estos últimos 19 años desde que entró en vigencia la LAM, ha tenido una mayor predisposición para optar por estos mecanismos para resolver sus conflictos, se reconoce que es necesario un trabajo más profundo en la educación legal, ya que aún los resultados no son los más óptimos y para ello es indispensable que se fortalezcan las campañas de difusión de los MASC para que la comprensión del alcance de estos métodos sea más extensiva.

#### **1.4 Los métodos alternativos de solución de conflictos reconocidos en el Ecuador**

##### **1.4.1 Los jueces de paz.**

Los jueces de paz constituyen una figura importante para nuestro país si de administrar justicia se trata, pues llegan a sectores donde muchas veces la falta de conocimiento y recursos económicos impiden que las controversias lleguen a resolverse; lo importante a destacar de esta figura es que coopera al sistema judicial como se menciona a continuación.

Conforme a lo que dicen Veintimilla y Andrade (1994), ya desde la época de la Colonia los españoles crearon instituciones que figuraban como el defensor natural para darles a los indígenas un trato equitativo.

Es con la Constitución de la República de 1998 que se incorpora la justicia de paz como un método diferente, destinado a ayudar en la resolución de conflictos, principalmente en sectores urbano-marginales.

En el siglo XIX encontramos en nuestro país los primeros vestigios de la justicia de paz. Históricamente los conflictos se ventilaban ante caciques y personas de edad avanzada acudiendo a ellos debido a su sabiduría.

En la actualidad, el texto de la Constitución de la República (2008) se refiere a la justicia de paz en su artículo 189 en los siguientes términos:

“Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho”.

En este punto, se entiende a la justicia de paz como un mecanismo idóneo para solucionar los conflictos entre las comunidades de escasos recursos, pero sin quitarle importancia a la justicia indígena reconocida por la actual Constitución.

Gracias al conocimiento que los jueces de paz pueden llegar a tener sobre asuntos que conciernen a su comunidad, los conflictos serán resueltos en base a criterios de equidad.

La justicia de paz posibilita a personas de escasos recursos económicos el resolver sus conflictos sin necesidad de cumplir con formalidades propias del litigio; lo que se destaca de esta figura de relevancia es que la persona que va a intervenir como juez es un individuo que deberá estar dotado de sabiduría, honorabilidad y probidad, por lo tanto permitirá que sus decisiones, en la mayoría de casos, sean acatadas por las partes, dando al proceso la importancia requerida tal como si tratase de un proceso judicial.

Encontramos, entonces, que desde la Constitución de 1998 hasta la que rige en la actualidad, la justicia de paz ha formado parte integral del desarrollo en la resolución de conflictos, principalmente en sectores de escasos recursos económicos donde la justicia ordinaria no puede llegar debido a los altos costos y tiempo que genera el litigio. Es por ello que el ejercicio de la justicia de paz se torna como una de las mejores opciones en sectores urbano-marginales.

Un estudio realizado por el Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES) señala que:

“Otra actividad que merece ser destacada es el proyecto piloto de elección y formación de Jueces de Paz en la parroquia Chugchilán (Provincia de Cotopaxi) dónde se eligieron de forma democrática 21 jueces de paz que después recibieron un proceso de formación que duró casi dos años” (CIDES, 2012).

Al estar reconocidos por los órganos del Poder Judicial, los jueces de paz cumplen el rol de facilitadores dentro de la comunidad en la que operan. Si de comparar se trata, encontramos que entre la labor de un juez de paz y la de un juez ordinario, el primero actúa como conciliador, mientras que el segundo está destinado a impartir justicia bajo parámetros establecidos en el sistema judicial tradicional. Cabe destacar que el juez de paz, a diferencia del juez ordinario,

tendrá como ventaja el conocimiento directo de los conflictos que se suscitan dentro de su entorno, abordando la posibilidad de que estos conflictos puedan resolverse de manera pacífica, y a la vez que sirvan de aprendizaje y precedente para el resto de la comunidad.

#### **1.4.2 La Conciliación.**

La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos es una manera civilizada que adoptan las partes para solucionar una controversia, con la ayuda de un tercero neutral encargado de encaminarlas al diálogo.

Guillermo Cabanellas (1945, p. 411) considera a la Conciliación como un acto, un procedimiento, y un posible acuerdo. Como acto, representa el cambio de puntos de vista, de pretensiones y propuestas entre las partes en discrepancia. Como procedimiento, la Conciliación se integra por los trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal para posibilitar la coincidencia de quienes se encuentran en un problema jurídico. Como acuerdo, la Conciliación representa la fórmula de acuerdo concretada por las partes.

Etimológicamente, según Carlos Flitz (1991), el término conciliación proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*, que significa concretar, poner de acuerdo, componer o conformar a dos partes que se debaten en una controversia de intereses.

Por su parte, Roberto Junco (1996, p. 32) define a la conciliación como:

“Un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio de solución”.

La Conciliación es un método alternativo de solución de conflictos cuya característica no adversarial busca que las partes, de manera directa y voluntaria sean partícipes de sus propias soluciones; todo con el objetivo de que el conflicto no trascienda a la esfera del litigio.

En nuestro país, son muy pocos los casos donde las partes intentan, por sí mismas, llegar a un acuerdo si nos referimos a los altos índices de litigiosidad existentes. No obstante, en la mayoría de empresas se ha intentado incorporar este mecanismo, sobre todo en lo que concierne a materia laboral, siempre y cuando la dimensión de la controversia se preste para ser resuelta por este medio.

Para Roberto Sánchez:

“La Conciliación es la alternativa por medio de la cual las partes de una relación en conflicto, con la intermediación de un conciliador autorizado por la ley para cumplir esa función y, dentro de ella, para proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no acoger, buscan conciliar sus respectivas pretensiones susceptibles de transacción, mediante un acuerdo dotado por la ley de los efectos de cosa juzgada y de mérito ejecutivo” (1997, p. 30).

En la legislación ecuatoriana, el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, ya antes mencionado, señala que la conciliación tiene cabida incluso tras haberse dado inicio a un juicio ordinario, donde el juez procurará que las partes traten de superar las diferencias que las han llevado al litigio. Esto nos lleva a considerar a la conciliación, desde el punto de vista social, como una de las mejores alternativas; lastimosamente en la práctica esto no sucede, ya que los jueces no procuran un avenimiento entre las partes, pues su formación ha sido centrada en el litigio. Evidentemente es una realidad que debería cambiar para que las partes en conflicto entiendan el verdadero alcance de este mecanismo extrajudicial.

La conciliación como método alternativo de solución de conflictos, puede ser judicial o extrajudicial; es judicial, cuando, dentro del juicio, el juez procura el avenimiento entre las partes, y es extrajudicial cuando se la utiliza como vía alternativa al litigio.

Si dentro del período de prueba de un proceso judicial se pudiera tomar en cuenta la conciliación como un mecanismo alternativo, los jueces buscarían fomentar en las partes un avenimiento. Esto, sin duda, reduciría, en gran medida, el número de causas que se encuentran estancadas en los juzgados. Para ello es indispensable que desde el Órgano Judicial se tome conciencia de la importancia que tiene este mecanismo extrajudicial.

#### **1.4.3 La Negociación.**

La Negociación, como otro de los métodos alternativos de solución de conflictos, ha sido un proceso importante en el desarrollo de las relaciones humanas, ya que a diario somos partícipes de negociaciones dentro del ámbito familiar, laboral, escolar, etc. En una negociación hay que tener presente la colaboración que se obtiene directamente de las partes en conflicto, y bajo este parámetro las partes podrán abordar, oportunamente, los acuerdos. Lo que diferencia a la negociación de otros MASC, es la ausencia de un tercero; es decir, son las partes las que directa y voluntariamente procuran un avenimiento, como veremos a continuación.

Jaime Espinoza Ramírez (1994, p. 107) señala que la negociación en el Ecuador es un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable; no interviene un tercero neutral, en el cual los disputantes pueden o no designar abogados.

Por su parte, Carlos Peña Gonzales (1997, pp. 51-52), señala que la negociación es:

“La conversación entre dos o más personas tendientes a llevar el estado de las cosas de problema, controversia, o divergencia, a un consenso o advenimiento. Los métodos de negociación más importantes en el mundo han sido desarrollados por la Universidad de Harvard desde la década de los años 80, con el uso de técnicas que traten y prevengan los conflictos”.

Para Fisher y Ury (2001, p. 19) “negociar es una forma básica de conseguir lo que se quiere de otros, es la comunicación designada para llegar a un acuerdo con las partes tienen intereses contrapuestos, pero a la vez existen intereses comunes”.

Tocante al criterio de estos autores, se puede decir que la negociación es una técnica alternativa e informal de solución de conflictos, pues las partes identifican, y a la vez resuelven, una determinada controversia por sí mismas. Este método supone acuerdos donde ambas partes se beneficien y la voluntad es el motor para que se llegue a un acuerdo. La negociación es una técnica de solución de controversias que conlleva a la partes a sentarse en una mesa de diálogo para buscar las mejores alternativas frente a conflictos de diversa índole; es de este modo que las partes, por sí mismas, buscan lograr, de manera conjunta, sus objetivos, sin estar obligadas a acatar un acuerdo de obligatorio cumplimiento.

En nuestro país se pueden dar negociaciones en el ámbito laboral, entre patrono y trabajador o trabajadores, donde se abordan temas relacionados con el ambiente de trabajo o controversias de pequeña dimensión que se puedan suscitar en su entorno. Lo que la negociación busca principalmente, es mejorar las condiciones de los trabajadores, entonces, su característica principal es la colaboración. Si se logra un acuerdo de este tipo, las partes llegarán a beneficiarse mutuamente, a tal punto de poder preservar relaciones personales.

El fracaso de las negociaciones se encuentra vinculado, principalmente, a la falta de colaboración de las partes que, en varias ocasiones, buscan su propio

interés sin la predisposición de llegar a un acuerdo; por ello es importante contar con técnicas de negociación en empresas, organizaciones, e incluso en instituciones escolares, ya que si empezamos a negociar desde la etapa inicial, sin duda estamos incentivando a que exista una cultura de diálogo en etapas futuras.

Debido a que se trata de un mecanismo informal, la negociación en nuestro país únicamente está reconocida por la doctrina; esto no quiere decir que se le deba restar importancia, ya que cada método alternativo de solución de conflictos debe adecuarse a una determinada situación, y se debe justamente a ello, que no todos los conflictos de relevancia jurídica pueden ser sometidos a este mecanismo.

#### **1.4.4 El Arbitraje.**

El Arbitraje constituye un proceso de solución de conflictos extrajudicial, que hoy en día se estipula en la mayoría de cláusulas contractuales con el objetivo de darle, al conflicto, una alternativa distinta del proceso judicial. Se puede ver que la característica más importante del arbitraje es la celeridad procesal.

Hasta 1963, en nuestro país el arbitraje se encontraba regulado por el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica de la Función Judicial. Al tratar lo relativo al comercio nacional e internacional, el 23 de octubre de 1963 la Junta Militar de Gobierno, mediante decreto 735, expidió la Ley de Arbitraje Comercial (Larreategui, 1982, p. 23).

El Arbitraje constituye un procedimiento moderno, con una corta historia. José Giménez Carbo (1994, p. 90), en su texto *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*, dice que la historia del arbitraje en la legislación ecuatoriana básicamente se remitía a dos cuerpos jurídicos:

- a) **El Código de Procedimiento Civil.**- contempla la existencia del denominado “juicio por arbitraje”; para este cuerpo legal contiene disposiciones poco prácticas y excesivamente formalistas para el

arbitraje, característica general de nuestro procedimiento y nuestra justicia común, tanto en lo que hace referencia a los requisitos que debe contener el compromiso arbitral o cláusula compromisoria, como en el procedimiento en sí mismo.

- b) **La Ley de arbitraje comercial y su reglamento de aplicación.**- en este cuerpo legal existían normas más acordes con una administración de justicia ágil y, consecuentemente, más adecuadas para dirimir las cuestiones de carácter mercantil. Disposiciones que guardaban concordancia con la mayoría de países hispanoamericanos.

Estas normas, fueron suplantadas por la actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997, que en su artículo 1º define al sistema arbitral como:

“Un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

Dicho arbitraje, como se define en el artículo 2º de la misma Ley, puede ser administrado o independiente. “Es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley” (1997).

Según Juan Falconí Puig (1994, p. 77):

“Se busca el arbitraje porque se estima que es la forma más fácil y expedita de solucionar las controversias. Fácil en la medida que el arbitraje no está rodeado de toda esa ritualidad procesal o formalidad establecida en un Código de Procedimiento, no necesariamente; y rápida porque el arbitraje o tampoco el trámite de procedimiento arbitral

está siendo generalmente uno más en cientos de trámites que constituyen grandes rumanas de papeles, lo que a veces vemos en los jueces que pertenecen a la función jurisdiccional”.

Para Alberto Wray (1994, p. 25),

“...las posibilidades de que las partes sometan sus diferencias, particularmente en el campo contractual, a la decisión arbitral, se ven seriamente limitadas por dos factores:

- a) En el orden normativo, las exigencias inadecuadas de las leyes procesales vigentes, para la validez y eficacia de la cláusula compromisoria en ámbitos distintos al comercial; y,
- b) En el orden práctico, la falta de conocimiento acerca de las ventajas del sistema y de la forma de manejarlo, por parte de la mayoría de abogados”.

Para Dupuis (1997, p. 20), el arbitraje en Ecuador es un procedimiento convencional, pues nace de un convenio arbitral que celebran las partes antes del conflicto o una vez que éste ha surgido. En estructura, es semejante al proceso judicial, pero las partes, de mutuo acuerdo, pueden controlar el proceso.

Partiendo de estos criterios, se puede decir que hace falta trabajar en la educación legal de nuestro país, ya que en muchas ocasiones, sea por falta de conocimiento o un mal manejo del procedimiento arbitral, no se puede participar de las ventajas de este método extrajudicial, tomando en cuenta que hoy en día, el desmedido crecimiento del comercio implica que en la mayoría de contratos se estipule una cláusula arbitral para prevenir y tratar controversias futuras.

En nuestro país podrán someterse a un procedimiento arbitral tanto personas naturales como jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la LAM.

El artículo 32 de la LAM (1997) señala que:

“Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán 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 expedición del laudo.

El laudo arbitral tiene la misma fuerza de una sentencia, con la diferencia que el arbitraje tiene la particularidad de llevarnos a rápidos resultados sin tener que cumplir con las formalidades de la justicia ordinaria.

El artículo 25 de la misma Ley (1997), señala que:

“Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio”

En base a este artículo se puede constatar que el arbitraje es un procedimiento que nos facilita solucionar conflictos con la mayor celeridad posible.

Lo que caracteriza al arbitraje es la intervención del tercero, ajeno a las partes, que actúa como juez al emitir una decisión vinculante de obligatorio cumplimiento. Si se llegare a incumplir el laudo arbitral, la Ley estipula acciones

para que se proceda al cumplimiento de lo establecido; por tal motivo, el laudo tiene fuerza de sentencia ejecutoriada.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a reflexionar sobre cuán importante se vuelve para las partes pensar en acudir a un proceso arbitral, antes que someterse a un juicio ordinario que supondrá que la causa se tramite en más tiempo, generando altos costos y desgastes emocionales.

Si bien es cierto el uso del arbitraje puede implicar un costo añadido, e incluso en ocasiones llegar a ser elevado, este debe considerarse como una inversión, y no un gasto innecesario, ya que no actúa en desmedro de sus posteriores ventajas, mismas que son innegables. Su utilidad se determina, especialmente, para casos de carácter comercial donde previamente se ha pactado una cláusula arbitral. Como ya se mencionó, la Legislación vigente establece que un proceso arbitral dura 150 días, que se pueden prorrogar hasta un plazo no superior al establecido.

Así se intenta en el presente trabajo de investigación, fomentar una cultura de consciencia sobre el uso de los distintos medios alternativos de solución de conflictos (MASC), puesto que se parte de la reflexión que la saturación de nuestro Sistema de Justicia es una de las principales causas por las que, en muchas ocasiones, se vuelve deficiente y en exceso dilatada la responsabilidad de dar respuesta a los procesos de litigio.

Las distintas modalidades de MASC son, claramente, una opción válida en la búsqueda de acuerdos que establecen un precedente sin la necesidad de llegar a procesos judiciales. Estos —nos referimos a los MASC— deberían considerarse como la vía más plausible a la cual allegarse para la resolución de las tantas formas en que se presentan los desacuerdos en las relaciones humanas. El hecho de que las personas busquemos relacionarnos con otras, conlleva implícitamente la presencia normal de desacuerdos y diversidad de pensamiento e intereses que pueden, circunstancialmente, llegar a configurarse como un conflicto que amerite ser resuelto. El ideal de estos procedimientos sería alcanzar un equilibrio entre los intereses individuales, y

así lograr el menor perjuicio posible para cada una de las partes, a través de acuerdos que apunten a la igualdad de derechos y el respeto por el de los otros. De ahí la necesidad de recalcar la importancia de referir a los MASC como las primeras opciones a considerarse.

## **2. CAPÍTULO II. LA MEDIACIÓN EN EL ECUADOR: FUNCIONALIDAD Y SU PROCEDIMIENTO.**

La mediación como método de solución de conflictos ha sido utilizada en la mayoría de culturas desde la antigüedad. Se basa en la resolución de problemas de intereses de la manera más pacífica posible. En nuestra Legislación, se trata de un procedimiento voluntario por medio del cual las partes son asistidas por un tercero neutral, con el fin de llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio.

En el Ecuador existen antecedentes de la conciliación y la mediación en distintos cuerpos normativos como la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 y las Constituciones de 1998 y 2008.

Desde el año 1998, ya se reconoce a los MASC en la norma Constitucional, esto con el objetivo de que su uso sea promovido, difundido y ejercido en el país.

En la Constitución de 1998 se establece de manera general, en su artículo 3 específicamente, los deberes primordiales del Estado, y entre los más importantes se menciona el asegurar la vigencia de los derechos humanos de mujeres y hombres y los de seguridad social, además de defender el patrimonio natural y cultural del país, preservar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; mientras que la Constitución vigente en el Ecuador desde el año 2008, señala, de manera expresa en su artículo 3, numeral 8, el deber de garantizar el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. En consecuencia, el Estado asume la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos y ciudadanas una cultura jurídica distinta a la adversarial, de la cual somos partícipes en distintas ocasiones.

Posterior al análisis sobre los deberes del Estado para garantizar el acceso a una justicia de paz, es menester señalar las responsabilidades que competen a

ciudadanos y ciudadanas, en cuanto a promover y conservar la misma. El artículo 83 de la Constitución de 2008 señala que los ecuatorianos y ecuatorianas somos responsables de colaborar en el mantenimiento de la paz y la seguridad, promover el bien común, anteponer el interés general frente al particular, conforme al buen vivir, además de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de bienes y servicios.

Como se puede observar, a pesar de la existencia de un mandato Constitucional en el país, los ecuatorianos y ecuatorianas parecemos preferir la cultura del litigio, y esto se evidencia por el hecho de que no existe una cultura jurídica que promueva la prevención; es decir, que los métodos alternativos de solución de conflictos en general, y si hacemos énfasis en la mediación, no han tenido la acogida necesaria para crear una verdadera labor compartida con el sistema judicial, tal y como se ha visto en el transcurso de estos años desde la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En este escenario, se puede evidenciar que la trayectoria y funcionamiento de la mediación en Ecuador, no es equiparable a la que ya se vive en algunos países norteamericanos y latinoamericanos que se han constituido en un ejemplo de superación de paradigmas, tal y como es el caso argentino, con el uso de la mediación prejudicial obligatoria.

Otra de las diferencias encontradas entre las dos Constituciones, radica en que la primera (1998) reconoce la justicia indígena, y a la justicia de paz, pero no hace referencia a que los métodos alternativos de solución de conflictos podrán proceder en materias transigibles, mientras que la actual Constitución (2008) señala el reconocimiento del arbitraje y la mediación en materias transigibles.

Por su parte, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), define a la mediación como un procedimiento para la solución de conflictos que verse sobre materia transigible. Es un proceso voluntario mediante el cual las partes acuerdan llegar a una solución y tiene carácter confidencial sin necesidad de recurrir a un proceso judicial (1997).

La actual Constitución de la República (2008), en su artículo 190, “reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

Héctor Echanique (2011, p. 76) cita el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual para referirse al término transigir:

“Significa concluir una transacción sobre lo que se estima justo, razonable, o verdadero para conciliar discrepancias, evitar un conflicto, o poner término al suscitado, pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renunciaciones (...) encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación”.

Es por esta razón que en la actualidad la mayoría de contratos civiles estipulan cláusulas de resolución de controversias con el objetivo de que el momento en que se suscite un conflicto, las partes tengan una vía de respuesta rápida, previamente acordada y que no contemple el litigio.

En vista de que ni la Constitución de la República ni la LAM precisan qué materias son transigibles, cabe aclarar que la doctrina señala que los conflictos que se pueden tratar son: intrafamiliares, conflictos vecinales, comunitarios, arriendos, linderos, comerciales, laborales, contratos, acuerdos escritos o verbales, ambientales, y algunos delitos penales de acción privada.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en su artículo 17 señala de manera expresa que “en los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y el arbitraje”.

El artículo 7 del mismo Código (2009) señala que “las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley”.

Las y los jueces de paz actuarán en base a la probidad que poseen para resolver conflictos comunitarios, vecinales y de comunidades urbano-marginales, donde es difícil que la justicia ordinaria pueda llegar.

Todo esto, con el objetivo de que las partes alcancen acuerdos consensuados, en vista de que la o el juez de paz conoce de cerca los problemas que se suscitan dentro de su comunidad.

Por otro lado, el artículo 190 de la Constitución de la República (2008) señala que en materia de contratación pública, únicamente procederá el arbitraje.

Al hacer referencia al proceso judicial en nuestro país, veremos que éste, en la mayoría de ocasiones no cumple con los principios de eficacia y eficiencia consagrados en el Código Orgánico de la Función Judicial. En este escenario la mediación es el mecanismo que permite el diálogo y facilita llegar a una solución rápida y eficaz.

Las reformas legales y cambios en los operadores de justicia, se han presentado para integrar la mediación en el sistema de administración de justicia; sin embargo, no se ha podido ver resultados favorables debido a la cultura jurídica que se ha visto limitada, porque en la mayoría de ocasiones la gente prefiere centrarse en el litigio.

La mediación ha tenido una corta trayectoria, poca difusión y en general, mínimo desarrollo en infraestructura y capacitación, por ello no se ha podido constituir como un mecanismo conocido y utilizado; sin embargo, con la normativa vigente, la LAM (1997) y la Constitución de la República (2008), se ha podido reafirmar su utilidad y se ha intentado fortalecerla a nivel normativo, todo esto con la finalidad de que la ciudadanía esté al tanto de este mecanismo y cree conciencia de que es mejor resolver los conflictos por esta vía, antes que pasar años litigando en los Tribunales.

## 2.1 Funcionalidad de los centros de mediación en Ecuador.

La búsqueda de una justicia oportuna, sin dilaciones y que genere resultados favorables se ha convertido en el objetivo de la mayoría de sistemas jurídicos. El Estado ecuatoriano, a través de su ordenamiento jurídico, busca garantizar a la ciudadanía el correcto acceso a la justicia, con el afán de asegurar el bien común, entendido como el mecanismo que permite el debido cumplimiento de los derechos ciudadanos, para consolidar el desarrollo y bienestar social.

Para ello, es importante delimitar los problemas que encontramos en nuestro sistema judicial, ya que todos somos parte de la crisis que se ha vivido en estas últimas décadas.

En la publicación *Transformación del Sistema de Justicia en Ecuador* del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (2010, pp. 21-24) se menciona que,

“En lo referente de los servicios de justicia, se han identificado las siguientes barreras de atención judicial:

- a) Los servicios de justicia no obedecen a procedimientos rigurosos que aseguren la calidad del servicio y garanticen los derechos ciudadanos.
- b) Existen carencias técnicas en los servidores de justicia, para el tratamiento de las causas ingresadas.
- c) No existen procesos definidos que articulen procedimientos que conecten las competencias de fiscales, jueces y defensores para la resolución de las causas.
- d) No existe un sistema de acompañamiento y monitoreo de los procesos desde el ingreso hasta su resolución”.

Tras mencionar las barreras citadas, se hace evidente que el sistema de justicia ecuatoriano ha tenido una gran tarea frente a los altos índices de litigiosidad existentes. Los MASC, se convierten en una solución eficiente,

económica y justa, sobre todo si nos referimos a la mediación, ya que no la deberíamos percibir como una salida fácil al problema de saturación de justicia, sino más bien como el mecanismo para resolver la mayoría de conflictos cuya índole es susceptible de transigir.

Con la normativa vigente, se garantiza el uso de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos; pero en la práctica, desde la entrada en vigencia de la LAM, son pocas las personas que acuden a este mecanismo para ello. Se analizará, por tanto, cómo ha sido el funcionamiento de los Centros de mediación en el transcurso de estos años, mediante información proporcionada por ProJusticia.

En concordancia con el cumplimiento de los objetivos de la LAM (1997), en el año 1999, el Consejo de la Judicatura crea el Instructivo para el Registro de Centros de mediación (1999), que en su artículo 1, expresa lo siguiente:

“Para obtener el registro de un Centro de Mediación se deberá dirigir una solicitud al Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura en la ciudad de Quito, o a su Delegación Distrital, adjuntando los siguientes documentos:

- a) Reglamento del Centro de Mediación que deberá cumplir con lo determinado en el Art. 54 de la Ley de Arbitraje y Mediación;
- b) Declaración de que el centro cuenta con los elementos administrativos y técnicos necesarios para el desarrollo de las audiencias de mediación; los anexos detallarán las facilidades;
- c) Certificación del acto de creación de la entidad solicitante; y,
- d) Comprobante de pago de la Tasa Judicial por concepto de Registro del Centro de Mediación”.

En la actualidad, todos los centros de mediación deben informar mensualmente al Consejo de la Judicatura sobre los procesos ejecutados, con copia certificada de las actas y de la lista de los mediadores autorizados.

Adicionalmente, cada año deben presentar un informe que refleje la capacitación brindada y las causas atendidas.

Y en caso de no acatarse estas medidas, el artículo 52 de la LAM establece que:

“El Consejo de la Judicatura puede ordenar la cancelación y la prohibición de funcionamiento de los Centros de mediación si comprueba la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y su reglamento por parte de un centro de mediación” (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997).

En cuanto al desarrollo de la mediación, encontramos información relevante en el estudio realizado durante el año 2009 por ProJusticia, Institución encaminada a promover y difundir su uso de esta modalidad de MASC.

A nivel nacional, ProJusticia creó nueve centros de mediación, estos centros se crearon en distintas provincias como Imbabura, Manabí, Sucumbíos, Esmeraldas, Morona Santiago, entre otras (ProJusticia 1, 2010, p. 3).

En el año 2010, asimismo impulsa “la creación de cinco centros en convenio con el Centro para la Investigación y Desarrollo de Movimientos Sociales (CEDIME)” (2010, p. 3), este proyecto se enmarca en el impulso de la mediación comunitaria. Estos antecedentes explican el interés de la institución por conocer la situación de los centros de mediación y su funcionalidad.

Los datos contenidos en el informe hasta el año 2010, revelan cómo se ha llevado a cabo la funcionalidad de los centros de mediación y cuáles son los aspectos que se deberían mejorar; hecho que justifica la importancia de llevarse a cabo un control exhaustivo de los centros de mediación desde el año 1999, con la creación del Instructivo de Creación de los Centros de Mediación.

La mediación, como propuesta eficientemente económica y legal en el Ecuador es una alternativa diferente para solucionar los conflictos, en la medida que introduce a una cultura de paz, ya que las personas evitan el proceso litigioso,

y con ellos desgastes emocionales que comprometen su salud y el buen nombre (ProJusticia 1, 2010, p. 5).

Por otra parte, el Consejo de la Judicatura controla el debido funcionamiento de los centros de mediación, e incluso ha establecido que todos estos deben emitir informes anuales como mecanismo de rendición de cuentas.

Para fortalecer el uso de la mediación en nuestro país, es indispensable la existencia de un debido control que se ejerza por parte del Consejo de la Judicatura, sobre todo si se tiene en cuenta la delicadeza de la información que se maneja a nivel interno en los centros de mediación. Su fortalecimiento más profundo se logrará cuando exista un correcto manejo de los informes mensuales y anuales que se presenten.

Asimismo, es importante contar con datos estadísticos precisos que permitan realizar un análisis para poder determinar cuáles son las debilidades existentes y mejorar en dichos aspectos.

Por ejemplo, solo en la provincia de Pichincha, hasta el año 2010, “se identificaron 31 centros inscritos en el Consejo de la Judicatura, cifra que equivale al 29,80% del total de centros inscritos en el país. Sin embargo, (...) se determinó que solo hay 28 [que están] operativos” (ProJusticia 1, 2010, p. 17).

Dichos centros “atienden a una población de 1’920.498 habitantes, pero no están ubicados bajo criterios de distribución demográfica, zonal e índices de conflictividad (...), [y más bien estarían] localizados a discrecionalidad de quienes los representan” (ProJusticia 1, 2010, p. 17). El mismo estudio señala que existen más centros de mediación en el norte, en comparación con el sur de Quito.

Esto nos indica que los centros no están ubicados bajo parámetros estratégicos, y que en el sur deberían existir igual número de centros que en el norte debido a la gran demanda y los índices de conflictividad.

Habiéndose realizado el señalamiento de estos aspectos, es indispensable mejorar la organización en cuanto a la ubicación de los centros de mediación para que sean accesibles a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Las materias que más se tratan en Pichincha, según datos de ProJusticia son: “intrafamiliar, deudas, laboral, tránsito, linderos, temas ambientales” (ProJusticia 1, 2010, p. 17).

En la ciudad de Quito, el Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura, el Centro de la Pontificia Universidad Católica y el de la Fundación Fabián Ponce Enríquez son los que mayor número de causas receptan cada año, por la misma razón en estos centros se alcanzan un mayor número de acuerdos.

Por su parte, el Centro de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana (Amcham), al ser un Centro de Mediación privado, establece como tarifa inicial la suma de 100 dólares; posteriormente el procedimiento, se calcula en base a una tabla establecida por la misma institución.

Estos datos dan a entender que las personas de escasos recursos van a acudir a centros de mediación públicos debido a su condición de gratuidad.

En lo que respecta a la provincia del Guayas, hasta el año 2010, se registraron 15 centros inscritos, pese a ello solo 12 se encuentran en funcionamiento, de los cuales la mayoría, son unidades o direcciones de alguna institución pública, el resto funciona por autogestión o el apoyo de alguna ONG. Las materias que más se tratan por mediación son: intrafamiliar, deudas, laboral, tránsito, algunos temas ambientales, inquilinato, y linderos (ProJusticia 1, 2010, p. 25).

En cuanto a la provincia del Azuay, existirían siete centros funcionando en Cuenca, para abastecer las necesidades de 417.672 personas. De estos centros, 42,86% pertenecerían al Estado, 28,57% trabajarían en base a la autogestión y 14,29% restante funcionaría con auspicio de la empresa privada. Entre las materias que se tratan están: intrafamiliares, deudas, laborales, tránsito, inquilinato y comunitarios (ProJusticia 1, 2010, pp. 28-29).

El hecho de que los centros de mediación no estén ubicados bajo parámetros estratégicos, implica que la mediación solo llegue a determinados sectores provocando inequidad y desigualdad. Además, se puede ver que existen varios centros de mediación creados en Quito, Guayaquil y Cuenca, pero solo algunos son funcionales.

En cuanto a estas observaciones, el estudio realizado por ProJusticia en el año 2010 deja las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- a) “El trabajo para las universidades públicas y privadas es vital para impulsar la mediación, pues desde las aulas de las Facultades de Derecho se puede consolidar un perfil nuevo del profesional del Derecho.
- b) Apenas cuatro de las 72 universidades del Ecuador, tienen centros de mediación: Pontificia Universidad Católica, Escuela Politécnica Ecológica Amazónica (ESPEA), Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL), Universidad San Francisco de Quito (USFQ). De ahí la necesidad de impulsar actividades de difusión en las universidades como una alternativa diferente para solucionar los conflictos.
- c) El impulso de la mediación en los centros escolares de formación media es trascendente si se quiere fortalecer una cultura de paz y diálogo. (...)
- d) Entre las causas que determinan que los centros de mediación privados dejen de funcionar se encuentran la incapacidad de sustentabilidad económica, puesto que al ser un servicio definido como social, los profesionales (...) reciben una remuneración que, en muchas ocasiones, no es siquiera simbólica” (ProJusticia 1, 2010, pp. 59-60).

En una entrevista otorgada a la autora de presente trabajo de investigación, Mildred Molineros (2014), quien está a cargo del área de Estadística del Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura, dice que para los años siguientes, debido a la necesidad de mejorar y difundir el uso de la mediación, el Consejo

de la Judicatura se trazó varias metas, entre ellas las campañas de difusión de la mediación, mismas que han generado algunos resultados según los informes presentados y datos estadísticos.

Sin embargo, estas transformaciones no han sido suficientes para asegurar la existencia de un cambio en la mentalidad de las ecuatorianas y ecuatorianos acerca del uso de la mediación.

En el año 2013, según el informe *Programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz*, el Consejo de la Judicatura del Ecuador se fijó un plan de reestructuración. Éste contaba con los siguientes desafíos:

- a) Diseñar un sistema de gestión, administración y mejoramiento continuo del Sistema Nacional de Mediación.
- b) Actualizar los datos de los centros de mediación en funcionamiento.
- c) Actualizar el registro de mediadores a nivel nacional.
- d) Promover la cualificación de los cursos de formación de mediadores.
- e) Promocionar el uso de la mediación como un sistema ágil y efectivo de solución de conflictos.
- f) Incrementar las derivaciones, de asuntos transigibles, al centro de mediación judicial (Consejo de la Judicatura, 2013, p. 3).

Durante el mismo año, el Consejo de la Judicatura firmó un convenio de cooperación para mediación, justicia y cultura de paz con el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. En dicho convenio se establece la promoción y difusión de la mediación, esto con el objetivo de descongestionar el volumen de casos que atiende el Municipio (Consejo de la Judicatura, 2013, p. 9).

Para el plan de derivación se fijaron, entre otros, los siguientes parámetros:

- a) “Realización de jornadas de mediación en los centros de las unidades judiciales con un equipo básico que se ha desplazado por todo el país para hacer posible el posicionamiento de la derivación.
- b) Preparar y organizar la logística de las jornadas con el apoyo de directores provinciales.

- c) Confirmar la asistencia de todas las partes citadas con el apoyo del equipo de mediadores
- d) Presentación en medios de comunicación de los objetivos de las jornadas de derivación” (Consejo de la Judicatura, 2013, p. 9).

Las estrategias de información de la mediación del Consejo de la Judicatura, para el año 2014, se rigen bajo los criterios de:

- a) “Posicionar la mediación en el cotidiano vivir de los ciudadanos ecuatorianos [y ecuatorianas], usando el concepto de territorio de paz
- b) Informar a los ciudadanos [y ciudadanas] que asisten a las unidades judiciales acerca de la opción de la mediación antes de iniciar un juicio.
- c) Realizar a las partes involucradas en los conflictos derivados a los centros de mediación.
- d) Liderar el uso de la derivación en el Consejo de la Judicatura realizando un acuerdo nacional
- e) Proponer a los [y las] abogados utilizar el camino de la mediación como una acción tanto jurídica como económicamente viable” (Consejo Nacional de la Judicatura, 1999, p. 11).

Mildred Molineros (2014) añade que durante el período de enero a mayo, existe un total de 1.600 casos recibidos, y menciona que se espera con expectativa que al culminar el año 2014, el porcentaje de casos que se atiendan se duplique en comparación al año anterior.

En este punto cabe recalcar que no solo los casos que se atiendan son importantes, lo ideal es que se llegue a presentar acuerdos durante el proceso de mediación. Los niveles de difusión de la mediación y el plan de jornadas de derivación de juzgados que se ha llevado a cabo por parte del Consejo de la Judicatura, ha aportado en importante medida para que la gente tenga predisposición para acudir a los distintos centros de mediación.

Los datos proporcionados por ProJusticia, así como los del Consejo de la Judicatura, constituyen únicamente referentes; en tal sentido, no se puede asegurar que actualmente exista un cambio en la cultura jurídica de nuestro país, pues no solamente las campañas de difusión o la preparación de los mediadores constituyen factores para generar resultados, aunque esto no implique un desmedro de la importancia de continuar con el implemento de estas estrategias.

Los resultados más fehacientes sobre la eficacia de los procesos de mediación se presentarán una vez que ésta pueda llegar a reconocerse y posicionarse como un mecanismo verdaderamente efectivo en la resolución de conflictos.

Según Molineros, en la misma entrevista anteriormente mencionada, dice que “para el año 2015 se espera que existan alrededor de 86 centros de mediación a nivel nacional” (2014).

Tomando en cuenta las falencias existentes en nuestro Sistema de Justicia, es indispensable contar con centros operativos para que la utilidad de la mediación no dependa, únicamente, del número de centros que se lleguen a implementar, sino que estos demuestren ser funcionales, ya que a pesar del factor importante que significa la cantidad de estos centros, lo que afianzará aún más la efectividad del trabajo en estos, será calidad del trabajo realizado en cada proceso. Para ello, la mayoría de los centros de mediación deberían ser gratuitos, además de contar con el apoyo de instituciones encaminadas a mejorar el sistema de judicial.

Por su parte, el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, dentro sus resoluciones, apunta directamente a profundizar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad y convivencia ciudadanas. Por ello, estos pilares constituyen elementos sustanciales para el proceso de planificación del Estado. El Plan Nacional del Buen Vivir señala que aunque Ecuador sea considerado como un país de paz, en cuanto al hecho de no presentar niveles de violencia de otros territorios, se reconoce que las impunidades e inequidades retrasan la

consecución del buen vivir (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013, p. 200).

Dicho plan, hace referencia a que la justicia en nuestro país debe ser uno de los aspectos en los que mayor énfasis debe poner el Estado en cuanto a los altos índices de inequidad e impunidad.

También se menciona que Ecuador es un país de paz, por el hecho de no tener conflictos con otros países. No obstante, la cultura de paz engloba un concepto más amplio, ya que no solo está encaminada a prevenir conflictos internacionales, sino que pretende que los conflictos sean resueltos por distintas vías, siempre que se trate de materias transigibles. Es indispensable, entonces, concebir la cultura de paz como un símbolo de cambio del que todos podemos ser beneficiarios.

Entre los propósitos del Plan Nacional del Buen Vivir, se intenta mejorar la confianza ciudadana, mediante el programa de Gobierno 2013-2017, que consta de políticas y lineamientos estratégicos como promover el óptimo acceso a la justicia bajo el principio de igualdad y no discriminación, eliminando barreras económicas, geográficas y culturales; para ello se han establecido, entre otras, las siguientes metas:

- a) “Mejorar el acceso a los servicios de justicia en el territorio, mediante una desconcentración equitativa.
- b) Promover el pluralismo jurídico mediante la consolidación de la justicia indígena y de paz.
- c) Establecer una adecuada coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, que garantice los derechos humanos, en el marco del pluralismo jurídico.
- d) Estimular la resolución alternativa de conflictos en la ciudadanía, a través de la mediación comunitaria” (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013, p. 209).

Todo esto atravesado por la necesidad de Promover una cultura social de paz y la convivencia ciudadana en la diversidad, a través de la implementación de “mecanismos y estrategias comunicacionales y educativas para transformar patrones socioculturales, xenofóbicos, racistas, sexistas, y homofóbicos que promuevan la convivencia pacífica” (Plan Nacional del Buen Vivir , 2013-2017, p. 212).

El Plan Nacional del Buen Vivir señala que propiciará mecanismos para estimular la mediación comunitaria; en este punto es importante el papel que desempeñan los y las jueces de paz, ya que en base a su saber ancestral, podrán conocer y resolver los conflictos que se presenten en comunidades urbano-marginales.

Es importante mejorar la convivencia ciudadana para fortalecer la cultura de paz y diálogo; esto se logrará si en nuestro país fomentamos el uso de la mediación desde las instituciones educativas de etapa inicial.

La mediación, como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos, debe apuntar al uso de metodologías y técnicas de comunicación que se aproximen al concepto de cultura de paz, así el conflicto puede llegar a constituirse como una oportunidad de aprendizaje para las partes.

Algunas personas considerarán a la mediación como una experiencia constructiva que pondrá fin a la controversia, mientras que para otras puede ser un procedimiento poco conocido. Lo importante es un trabajo dirigido a lograr que la mediación se posicione, en nuestro país, como un mecanismo conocido y utilizado que genere resultados favorables para las partes y para el sistema judicial.

Se espera, y no con poca expectativa, que las diferentes instituciones encargadas de mejorar y asegurar el acceso a la justicia en nuestro país, den a la mediación, así como a las otras modalidades de métodos alternativos de solución de conflictos, la importancia que requieren para constituirse como mecanismos idóneos. Desde la entrada en vigencia de la LAM, con menos de

20 años en el país, si bien la ciudadanía considera a la mediación como una opción al litigio, aún existen aspectos que necesitan ajustarse a la realidad jurídica contemporánea; esto incluye el uso de políticas encaminadas a difundir, mejorar y promover su uso.

## **2.2 Proceso de mediación en Ecuador:**

Desde la entrada en vigencia de la LAM en 1997, la mediación se ha constituido como un proceso voluntario. En este sentido las partes acuerdan, de manera libre, si recurren o no al proceso. El hecho de que la mediación tenga esta característica ha generado que no se haya posicionado como un mecanismo conocido y utilizado por la mayoría de ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas, ya que en varias ocasiones, la falta de información existente acerca de la mediación, provoca que la mayoría de personas prefieran centrarse en el litigio sin buscar otras medidas de solución conflictual.

Esta realidad se ha superado poco a poco por otros sistemas de justicia, como veremos con posterioridad en el caso de la República Argentina. Para entender el alcance de la mediación, se hará referencia a su concepto en sentido amplio:

Según Castenedo, en su texto *Mediación, globalización y cultura de paz en el siglo XXI* (2013, p. 13), el proceso de mediación, en sentido amplio, significa:

“La ayuda del mediador a las partes en conflicto, para que estas, con la menor presión externa posible, refresquen sus posiciones y la manera en que ven los hechos, de esta forma se puede lograr un acuerdo restableciendo las relaciones en base a la fórmula ganar-ganar”.

Sobre este criterio podemos ver que lo más importante para que un proceso de mediación genere resultados, es que las partes tengan predisposición para poder llegar a un acuerdo.

Debido a la cultura del litigio que caracteriza a la ciudadanía ecuatoriana, no se ha podido entender la fórmula que propone la mediación de “ganar-ganar”

como el mecanismo que proporciona un beneficio mutuo, ya que en la mayoría de ocasiones se prefiere litigar para que el Órgano Judicial dé la razón a una sola de las partes.

El proceso de mediación, en nuestro país procede en tres casos puntuales, contemplados en el artículo 46 de la LAM (1997):

- a) Por convenio escrito entre las partes;
- b) A solicitud de las partes, o una de ellas; y,
- c) Cuando el juez ordinario lo disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997).

En nuestro país, la realidad es que son pocas las personas que acuden voluntariamente a la mediación para resolver sus conflictos, y esto se debe, en gran medida, a la falta de información existente sobre este mecanismo. En la práctica, los y las jueces ordinarios casi nunca derivan los procesos a la mediación; en este sentido, difícilmente las partes van a conocer acerca de sus ventajas.

Cuando las partes deciden someterse a un proceso de mediación, este inicia con la presentación que el mediador hace a las partes sobre el conflicto para luego propiciar en ellas la comunicación y el diálogo. Posteriormente incluso, cuando el mediador considere necesario, puede hacer reuniones por separado. Finalmente, el mediador presenta un conjunto de opciones que las mismas partes han generado.

Para Echanique (2011, p. 97),

“Las opciones forman un conjunto de posibilidades que nos pueden llevar al acuerdo, deben ser discutidas de igual manera, sin que ello signifique que cada opción forme un compromiso o una obligación que debe ser aceptada”.

Es importante aclarar que las opciones a llevarse a cabo deben ser creadas por las partes en conflicto y bajo ningún concepto el mediador podrá proponerlas o recomendarlas, de ahí que su papel consiste en ser un facilitador. Es por ello que el mediador debe ser una persona idónea, y en el caso de tener algún parentesco, o conocer a alguna de las partes, deberá excusarse y rehusarse a continuar con el proceso.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los mediadores en nuestro país, el artículo 48 de la LAM (1997) establece que el mediador deberá estar debidamente autorizado por un Centro de Mediación; esta autorización deberá fundamentarse en la formación académica que el profesional haya adquirido. Este requisito no exige una mejor preparación para los mediadores, pues una capacitación de calidad aseguraría la funcionalidad del proceso.

El éxito de toda mediación dependerá tanto de la preparación del mediador, como de la predisposición de las partes para llegar a un acuerdo.

Durante el proceso, es muy importante que exista contacto directo entre las partes y el mediador; esto responde al principio de inmediación como herramienta fundamental para llegar a expresar los aspectos que generaron el conflicto.

Existen valiosas ventajas que se pueden mencionar acerca de la solución de conflictos por medio de procesos de mediación y las distintas modalidades de MASC, entre estas tenemos:

- a) Posibilidad de encontrar qué fue lo que frustró el intento de las partes en solucionar su dificultad.
- b) Delinear y especificar los intereses básicos.
- c) Hablar directamente y mejorar la comunicación entre las partes.

En el proceso, asimismo, se pueden alcanzar acuerdos totales o parciales, tal como lo menciona el artículo 47 de la LAM (1997): “si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo”. Si el acuerdo fuere total, el mismo artículo señala que lo

convenido deberá constar en un acta que se firmará por las partes y el mediador y el acta tendrá efecto de sentencia ejecutoriada.

En nuestra Legislación, la mayoría de casos no pueden llegar a acuerdos debido a la inasistencia injustificada de las partes a las audiencias de mediación, por lo tanto el proceso es burlado y tomado con informalidad.

Conforme a lo citado en el artículo anterior, lo ideal es que en cada proceso las partes puedan llegar a un acuerdo total que ponga fin al conflicto, y de esta manera la mediación se habrá constituido como mecanismo idóneo antes de recurrir al litigio.

El acta de mediación que contenga un acuerdo, tiene efecto de cosa juzgada; es decir, equivale a una sentencia judicial. Para explicar esto es necesario remitirnos al artículo 1 del Código de Procedimiento Civil (1987) que se refiere a la jurisdicción voluntaria definiéndola de la siguiente manera: “Procesalmente, la jurisdicción voluntaria es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en una materia determinada; potestad que, en principio, corresponde a los tribunales, juezas y jueces establecidos por las leyes”.

En este sentido Ximena Bustamante (2009), en su texto *El acta de mediación* sostiene que “al mediador no se le puede atribuir la potestad, ya que (no juzga), por lo tanto el acta de mediación no corresponde a una sentencia judicial sino a un equivalente jurisdiccional”.

En síntesis, el papel del mediador consiste en actuar como facilitador de las partes en conflicto para que por sí mismas puedan sacar a luz las opciones que han generado. De esto se deriva la importancia de que el mediador sea una persona imparcial, idónea y además capacitada para manejar el proceso. La autora considera, además, que el mediador no actúa como juez; sin embargo, si el acta de mediación no estaría revestida con fuerza de sentencia ejecutoriada, el proceso sería burlado, de modo que esta normativa asegura

que quienes acudan a la mediación tengan la certeza de que su acuerdo será respetado.

Si bien la mediación en nuestro país es un proceso voluntario, la normativa vigente asegura que sus posteriores efectos se enmarquen en el cumplimiento de lo acordado.

Pese a la mentalidad conflictiva de la cual somos herederos, el sistema judicial del país necesita asumir que existe un problema de saturación y que, frente a esto, debemos aprender a resolver los conflictos de manera proactiva, para de esta manera ser realmente parte de la solución, y no del problema que atañe el sistema de justicia en el Ecuador.

### 3. CAPÍTULO III. LA MEDIACIÓN EN ARGENTINA: FUNCIONALIDAD Y PROCEDIMIENTO.

#### 3.1 Antecedentes de la mediación en Argentina.

A partir de la grave crisis por la que atraviesan la mayoría de sistemas judiciales, sobre todo los latinoamericanos, el sistema de justicia argentino ha constituido un ejemplo de superación de paradigmas, puesto que en ese país se han logrado avances sobre el uso de la mediación y la cultura de paz, sustancialmente importantes y que se deben considerar como un referencial significativo.

Según Pásara,

“A menudo, cuando se interroga a muchos jueces latinoamericanos acerca de determinados resultados de su actividad jurisdiccional que socialmente interesan o son objeto de rechazo, las respuestas recibidas giran en torno a: ‘ nosotros solo aplicamos la ley. Si se quiere otro tipo de decisiones, que se cambie la ley y nosotros cambiaremos nuestras resoluciones’. Es decir, el juez tiende a presentarse a sí mismo como si estuviera atado, por un lazo estrechísimo, a los textos legales, y su producción fuera, directa y exclusivamente, un resultado inevitable de lo que esos textos disponen” (Pásara, 2007, pp. 58-59).

En general, los jueces latinoamericanos se han formado bajo una concepción legalista, eso quiere decir que se apegan a lo que está establecido en la Ley; como lo que está estipulado en la Constitución, Tratados Internacionales o Derechos Humanos. El deber del Órgano Judicial es hacer que la norma pueda ser entendida por todos. En la práctica esto no sucede, pues las juezas y jueces no van más allá de lo que la norma establece y esto da como resultado sentencias poco fundamentadas. En consecuencia, las partes que recurren al litigio, en su mayoría, percibirán esa sensación de insatisfacción que el mismo sistema judicial provoca.

Por otro lado, podemos decir que lo que ha caracterizado a la mayoría de sistemas de justicia latinoamericanos, ha sido la cultura del litigio. Aunque este hecho no puede generalizarse, ya que existen países que han adoptado medidas que promueven el uso de los MASC como el caso de Argentina, donde se ha intentado crear, en la mediación, una solución viable al problema de saturación del sistema judicial, al procurar, en la medida de lo posible, reducir los altos índices de litigiosidad.

Sobre la cultura del litigio Elena Highton y Gladys Álvarez señalan:

“El sistema jurídico, especialmente en su faz judicial, tiene un objetivo abstracto como es el de ‘descubrir la verdad’; con lo que no siempre se soluciona el problema, menos aún en forma rápida y económica, como le es necesario al hombre común, al ciudadano, al hombre de negocios, quienes desean dejar el conflicto atrás, terminar con el mismo para poder así continuar con su vida normal” (Elena I Highton, 1998, p. 23).

En cuanto a la demora que pueda causar un proceso judicial, aparece la necesidad de encontrar mecanismos que no tengan esta característica de adversariales para la resolución de conflictos, que beneficien al ciudadano particular, al hombre que necesita una respuesta rápida y efectiva, y que además cooperen con el sistema.

En vista de que los conflictos deben tener un trato diferente, antes de iniciar un proceso judicial, y con el propósito de dejar de lado justicia confrontativa para darle paso al diálogo y la comunicación, Argentina ha implementado la Resolución Alternativa de Disputas, conocida por sus siglas (RAD), respondiendo a la cultura del litigio por la que atraviesan la mayoría de sistemas latinoamericanos.

Así, cuando un conflicto se presenta es necesario intentar resolverlo desde el aspecto más sencillo, desde un abordaje más práctico, y en este caso sería la mediación, antes que soportar procesos judiciales largos con el añadido del desgaste emocional al que las personas son sometidas.

Angélica Cuellar (2006, p. 270) cita a María Inés Bergoglio y dice que “el estudio de la impartición de justicia, así como los cambios en la cultura jurídica de los países del sur han estado asociados con los cambios democráticos”.

Los cambios democráticos que se presenten en una sociedad son importantes siempre que estos supongan avances. Estos cambios, en la República Argentina se han relacionado con la labor de Catedráticos y Juristas que han analizado los problemas por los que atraviesa la sociedad, al procurar, en la medida de lo posible, aportar soluciones a los mismos, ya sea mediante propuestas con fines académicos o proyectos de ley frente al problema de la saturación del sistema judicial.

Sin duda, en Argentina se han experimentado grandes cambios debido a transformaciones políticas, sociales y jurídicas en el transcurso de estos últimos años. El hecho que este país latinoamericano haya adoptado medidas para no quedarse de brazos cruzados frente al problema por el que atraviesan la mayoría de sistemas judiciales, aporta significativamente en la búsqueda de fomentar una sociedad con una cultura jurídica distinta.

### **3.2 Evolución normativa de la mediación Argentina.**

En los siguientes párrafos se analizará la historia de la mediación en Argentina y la realidad por la que ha tenido que atravesar para llegar a convertirse en el mecanismo utilizado por la mayoría de los y las ciudadanas para la resolución de sus conflictos.

Los primeros antecedentes de la mediación en Argentina, los encontramos en la resolución 297/91 que decretaba la creación de una comisión del Ministerio de Justicia de la Nación para crear un anteproyecto de ley de mediación. Así se creó el Plan Nacional de Mediación, cuya finalidad era:

- a) “insertar en la conciencia social las ventajas del método; y

- b) contar con un plantel de mediadores entrenados para llevar a cabo la tarea” (Dupis, 1997, p. 77).

El 19 de agosto de 1992, dice Dupuis (1997, p. 77), se dicta el decreto 1480/92, para implementar el Programa de Mediación.

Este se extiende hacia las municipalidades en la búsqueda de adoptar como principios básicos del instituto los siguientes:

- a) “El procedimiento deberá ser voluntario para las partes;
- b) El procedimiento será absolutamente informal;
- c) Los plazos serán prorrogables, a juicio y voluntad de las partes” (Dupis, 1997, p. 78).

En este punto se puede decir que, en Argentina, desde el año 1992, la mediación intentó posicionarse como un mecanismo efectivo, capaz de aportar soluciones prácticas a la ciudadanía en la resolución de sus conflictos. Los resultados no fueron los mejores, puesto que el imaginario social, en ese entonces, seguía siendo que el litigio se constituía como la mejor opción.

La Constitución Nacional Argentina (1994), en su artículo 42 inciso tercero señala lo siguiente:

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control”.

Como se puede observar, la Constitución Nacional Argentina es clara y precisa para garantizar el correcto acceso a la justicia. De manera general asegura a la ciudadanía establecer mecanismos eficaces en cuanto a la resolución de conflictos.

A continuación abordaremos el cómo la mediación que deja de ser voluntaria puede llegar a convertirse en obligatoria, y se analizarán sus efectos más significativos.

### **3.3 Funcionalidad de la mediación en Argentina.**

Hasta el Decreto del año 1992, en Argentina la mediación no era obligatoria, sino que consistía en un proceso completamente informal y voluntario, tal como se vive en la realidad actual de muchas legislaciones, sobre todo latinoamericanas, en la que se incluye la del Ecuador.

Con la aparición de la mediación en el año 1992, se intentó establecer consciencia social acerca de las ventajas de este método; sin embargo, por la cultura litigiosa que caracterizaba al país en aquella época, fue un mecanismo criticado, tanto por instituciones como por los usuarios que estaban acostumbrados a judicializar todo cuanto les fuera posible.

El proyecto de ley no parecía prometedor; la población no lo tomó como la mejor opción y se pensaba que no iba a generar resultados efectivos, ni para las partes ni para el sistema. Todavía se trataba de normativas desconocidas y se debía luchar contra las costumbres y la falta de confianza en nuevos medios de solución de conflictos. Es así que, haciendo uso de sus facultades propias, el Congreso Nacional Argentino dicta la Ley 24573 y logra apartarse de algunos de esos “principios básicos de la mediación”; y se institucionalizó la llamada Mediación Prejudicial Obligatoria” (Dupis, 1997, pp. 77-79).

La implementación de la norma, en un principio, tuvo fines primordialmente académicos. Sin embargo, tras teorizar sobre su aplicación formal en el territorio argentino, finalmente se implementó en la Legislación Argentina, generando resultados realmente favorables, a tal punto, incluso, que esta condición sigue vigente hasta la actualidad.

El estudio realizado por la Fundación Libra sobre la Mediación Prejudicial Obligatoria, señala que el primer antecedente para la instauración de la mediación prejudicial obligatoria en Argentina,

“fue el decreto 1480 del 19 de agosto de 1992, por el cual se declaró de ‘interés nacional’ a la mediación y se implementó el Programa Nacional de Mediación. A partir de dicha normativa, se creó el primer Centro de Mediación dependiente del entonces Ministerio de Justicia y se implementó la ‘Experiencia Piloto de Mediación’, por la cual diez Juzgados Civiles patrimoniales y de familia (...) comenzaron a derivar causas a este centro” (Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, 2012, p. 12).

Entonces tenemos que la primera Ley que instituyó a la mediación como proceso prejudicial obligatorio en Argentina fue la Ley 24573, sancionada el 4 de octubre de 1995, como procedimiento para fomentar la comunicación directa entre las partes, en la solución de sus controversias.

Esta Ley ya reconocía a la mediación como prejudicial obligatoria. Posteriormente le sucede la actual Ley de Mediación y Conciliación Argentina 26589, que rige en el sistema de justicia argentino, publicada en el Boletín Oficial 06-05-2010, que debido a los resultados obtenidos por la Ley anterior, continuó reconociendo a la mediación como prejudicial obligatoria.

Con estos antecedentes, se puede decir que desde la instauración de la Ley 24573 en Argentina, se intentó crear una realidad diferente mediante las propuestas realizadas por catedráticos y juristas interesados en que exista una correcta funcionalidad, refiriéndose no únicamente a la mediación, sino al sistema de justicia en general.

Esto ha supuesto grandes avances pero también fue una realidad difícil de alcanzar, puesto que desde un inicio la mediación prejudicial obligatoria, no tuvo los mismos resultados que se alcanzan hoy en día en vista de que todo cambio supone una resistencia inicial; no obstante, con el transcurso del tiempo,

los resultados son satisfactorios en su mayoría, y se ha logrado que la mediación en ese país sea digna de reconocimiento.

Expuestos los antecedentes históricos de la mediación en Argentina, es importante analizar su característica de obligatoria, pues ha sido sujeta a diversas críticas por parte de quienes sostienen que si la mediación, en esencia es un proceso voluntario, no debería desnaturalizarse su concepto.

Si bien la mediación en Argentina es considerada obligatoria, no podemos argüir a priori que la voluntad de las partes está del todo ausente, ya que esta se manifiesta en el momento en que las partes deciden continuar o no con el proceso. Por otro lado, si el conflicto no se ha podido solucionar por esta vía, la actual Ley establece que la siguiente etapa será el proceso judicial.

Actualmente, en base a la experiencia adquirida en el proceso de mediación argentina, las partes, por sí solas, han entendido que es preferible ceder y dar paso a la comunicación antes que pasar tiempo litigando en los Tribunales, ya que el conflicto bien podría dilatarse por años hasta resolverse.

En su artículo *Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación*, Macarena Vargas (2008) profiere:

“Si uno de los principios fundantes de la mediación es la participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, entonces la expresión ‘mediación obligatoria’ no parece del todo feliz. Aparentemente lleva implícita una contradicción: ¿cómo puede obligarse a una persona a participar en la mediación si uno de los pilares básicos de este proceso es precisamente la voluntariedad? Pese a ello, es una expresión habitual en el estudio y práctica de los ADR, la que sin embargo se ha matizado con expresiones como ‘comparecencia obligatoria a mediación’ o ‘mediación involuntaria’”.

La autora hace referencia a que la obligatoriedad, en principio, supuso descontento entre la población argentina, ya que al tener esta característica se estaría desvirtuando su concepto. Pese a ello, con el transcurso del tiempo y el

uso continuo de la mediación, la ciudadanía la ha podido concebir como la mejor opción, pues es de esta manera que se van agotando todas las instancias, y la justicia ordinaria llega a resolver los casos que exclusivamente le competen.

Al respecto podemos señalar que un acuerdo que se ha generado por las mismas partes, dentro de un proceso de mediación, es acatado con mayor satisfacción que uno logrado a través de una sentencia impuesta por un juez.

Para encaminarnos en el tema de la obligatoriedad, el estudio realizado por la Fundación Libra menciona dos tipos de debates que tratan tanto sobre la obligatoriedad como sobre la voluntariedad de la mediación. Entre estos tenemos el Debate Parlamentario y el Debate Doctrinario.

**Debate Parlamentario** “Reconocido que el punto álgido es el de la obligatoriedad, se funda la misma en la necesidad de toma de conciencia de que, si el efecto buscado es crear una nueva cultura para disminuir el grado de litigiosidad imperante en nuestra sociedad, debemos enseñar cuál es el camino [Se entiende que] si el sistema se hace voluntario, al no existir esta cultura, será escasa la eficacia que tendrá este procedimiento (...) [a tal punto que] en los Estados Unidos donde era voluntario ahora se está haciendo obligatorio, porque no existía esa cultura” (Sidoti, 2004, p. 2).

En cuanto a este debate, se entiende que el objetivo ha sido educar a la ciudadanía para crear conciencia de la importancia de la mediación. Se señala que la mediación podría convertirse en voluntaria solamente cuando se haya aprendido la importancia de la misma y de esta manera se habrá enseñado a actuar con una cultura distinta.

**Debate Doctrinario:** “La Asociación de Abogados en un primer momento se opuso a la proyectada ley de mediación basada en que se trataba de una actitud intervencionista del Poder Ejecutivo en el Judicial a través del Ministerio de Justicia con la creación de registros de

mediadores dentro de su órbita. Analizó la incorporación de la mediación con carácter de obligatoria y como previa a todo juicio como contraria a una de sus características cual es la voluntariedad y limitativa de la gestión al momento previo a la litis, expresando que cualquier tarea que no sea la de proponer a las partes soluciones posibles para que éstas decidan implica desnaturalizar el instituto y que la sanción de esta ley no contribuiría a la realización de la paz por intermedio de este servicio metajudicial sino a incrementar la litigiosidad.

El requisito de ser previa a todo juicio se entendió restrictivo del acceso del justiciable a la jurisdicción” (Sidoti, 2004, p. 3).

En este debate se discute que la característica de obligatoriedad restringe el acceso del ciudadano a la justicia y lo limita al momento de elegir la vía pertinente para la solución de sus conflictos.

Para ello, haremos referencia al acceso a la justicia como un derecho fundamental del que todos los ciudadanos argentinos son merecedores, en condiciones de igualdad. Al respecto, Beatriz Kohen (2006, p. 17) señala:

“Como todo derecho de acceso a la justicia, requiere un sistema de garantías que posibilite su pleno ejercicio. En nuestro país este derecho supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad. En otros términos, el Estado no solo debe abstenerse de obstaculizar el goce y ejercicio del derecho acceder a la justicia sino que debe adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo”.

Bajo este criterio vemos que el objetivo de todo sistema judicial es garantizar a los ciudadanos el acceso a la justicia en condiciones de igualdad; en este caso la mediación debía constituirse como la herramienta fundamental que garantice que este derecho se cumpla, con la finalidad de brindar a la población rápidas respuestas; sin embargo, este mecanismo, en principio no mostró respuestas

favorables, puesto que hasta los abogados mostraron su descontento inicial, ya que creían que la mediación suponía un peligro para sus ingresos como profesionales.

Otros criterios, que permitieron identificar la funcionalidad de la mediación prejudicial obligatoria fueron la sustentabilidad la cultural y la económica:

En primer lugar analizaremos la sustentabilidad cultural, misma que propone que “la gente pida la mediación, que la sienta como necesidad, que los abogados la ofrezcan, que se la incorpore en la formación de los abogados, en las facultades, ya que hace a un nuevo modelo de abogado, y de justicia” (Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, 2012, pp. 62-63).

En este punto, la educación de los abogados, servidores judiciales y de los ciudadanos se torna fundamental, sobre todo la formación de los abogados, quienes deben dar a conocer las ventajas de la mediación a sus clientes. De esta manera se habrá evitado que el conflicto pase por largos procesos y que se generen altos costos innecesarios.

Entonces, la sustentabilidad cultural se fundamenta en que la gente ya no mira a la mediación como una simple opción, sino como la solución por la que necesariamente deben atravesar sus conflictos.

Por otro lado,

“La sustentabilidad económica está ligada a quien soporta los costos, así la oficina de violencia doméstica (acceso a justicia de víctimas) está sustentada por la Corte Suprema de Justicia, los servicios gratuitos de mediación que se prestan en el centro de mediación por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación” (Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, 2012, p. 63).

En cuanto a la sustentabilidad económica, encontramos que la Corte Suprema de Justicia Argentina intenta establecer entre sus políticas públicas, que la mediación se instituya como un sistema gratuito, y por lo tanto sea garantizada

para todas y todos, con el objetivo de generar igualdad de condiciones. En este caso el Estado analizará cada caso en particular, atendiendo a la falta de recursos de las partes y establecerá que el proceso de mediación sea gratuito.

En una entrevista realizada por un diario argentino a dos abogados con experiencia en mediación, se menciona que con el transcurso del tiempo, este mecanismo ha sido aceptado en el cotidiano vivir, este artículo señala que:

“La primera enseñanza, y quizá la más importante, se refiere a la aceptación tanto social, como por parte del colectivo de abogados que ha tenido la mediación prejudicial obligatoria. Cuando se instauró en 1996, fue sujeto de muchas críticas, en especial por parte de los abogados que veían en la mediación una fuente de demoras, y sobre todo un peligro para sus ingresos; sin embargo, años después, la opinión general es que la mediación prejudicial obligatoria es una herramienta que optimiza el tiempo, ahorra dinero y produce una mayor satisfacción a las partes en disputa.

Se ha producido un cambio de paradigma y la gran mayoría de abogados ha aprendido a utilizar la mediación, considerándola una aliada de su profesión, y no una enemiga. Así, hoy en día se encuentra incorporada al mecanismo de gestión de conflictos que utiliza el abogado y no se discute su conveniencia”. (Corti, 2012).

La aceptación social que ha llegado al tener la mediación en la Argentina desde el año 1995, se configura como un acontecimiento jurídico importante; esto demuestra que la resistencia inicial fue superada paulatinamente, ya que la Ley por sí sola no cambia a las personas. El cambio se genera a través de las experiencias favorables que pueda llegar a tener una sociedad.

En este punto Lilita Carbajal (2012, p. 3), sostiene que:

“Los años de experiencia, no son suficientes para “un cambio de la cultura”. Agregaría que difícilmente las leyes cambian la cultura si estas no hacen sentido en los sujetos sociales, sujetos culturales. Pero si

tomamos la idea de que las prácticas constituyen a los seres humanos, podríamos tomar ese argumento como cierto y desde ahí iniciar una nueva reflexión crítica que puede llevarnos a revalidar o reformular nuestra perspectiva”.

La autora hace referencia a que los seres humanos somos sujetos de costumbres, pues lo que hace a las personas seres crédulos son las experiencias. El camino que se está siguiendo en la Legislación argentina es el correcto, pues las intenciones de la Ley son claras, apuntan a crear en la ciudadanía la consciencia sobre el problema del sistema de justicia e incentivan a las ciudadanas y ciudadanos argentinos a ser parte de esa solución.

Por su parte, Luis Martí Mingaro (2013, p. 8) en su artículo *La Mediación Civil y Mercantil en la nueva Ley 5/2012 de julio*, publicado en la Revista Jurídica de Castilla y León, señala que “la condición voluntaria de la cláusula de mediación, y la vigencia temporal y condicional de esta, podrían dar ocasión a tentaciones dilatorias o maniobreras por parte de quien utilizara arteramente este procedimiento”.

El autor señala, que volver a la condición de voluntariedad afectaría al sistema de justicia, haciendo referencia a que los conflictos ya no se podrán resolver de manera oportuna, sino que lo único que se lograría con esto es colaborar a la saturación del sistema.

La obligatoriedad de la mediación en el transcurso de estos años se ha constituido como el mecanismo que pretende cambiar la educación legal de la Argentina. Además de estar implícita en la Ley, esta característica ha logrado configurarse como experiencia constructiva que intenta que la ciudadanía deje de lado la cultura confrontativa para darle paso a la cultura de paz. Incluso en este aspecto, podemos señalar que el Ministerio de Educación Argentino ha establecido un programa de mediación escolar para atender la conflictividad que se presenta en las instituciones educativas.

El ministerio de Educación Argentino a través de su Programa Nacional de Mediación Escolar,

“tiene como principal objetivo trabajar sobre nuevas estrategias para atender a la creciente conflictividad en la convivencia escolar. Se basa en la necesidad de promover condiciones que posibiliten el aprendizaje de habilidades para la vida, definidas como aquellas capacidades o aptitudes que permiten afrontar de modo positivo y constructivo los desafíos de la vida cotidiana (OMS, OPS), así como garantizar el derecho de los alumnos a recibir orientación y a que se respete su integridad, dignidad, libertad de conciencia y de expresión” (Ministerio de Educación de la Nación Argentina, 2009).

Así se intenta que la mediación forme parte integrante de la educación escolar. En Argentina las y los estudiantes intervienen como facilitadores en las disputas que se presentan en cada plantel educativo, fomentando la comunicación y la resolución pacífica de conflictos.

Diversos avances se han presentado desde que la mediación tiene la característica de obligatoria; a tal punto que desde la etapa inicial, se enseña a los y las estudiantes la importancia de aprender a mediar. Para ese país, ha sido importante incluir la mediación desde esta etapa, e incluso en las universidades se está cambiando el concepto de abogado litigante.

Por esta razón, los ciudadanos conciben al sistema como satisfactorio; hecho que denota que la gente se ampara el proceso, confía en él y lo considera como beneficioso.

Asimismo, la implementación de la mediación prejudicial obligatoria y la educación que se imparte en Argentina ha modificado la mentalidad de las y los abogados, pues hoy en día éstos son los primeros en asesorar a sus clientes en lo que respecta al proceso. Esto se relaciona, además, con la ética profesional, ya que si un abogado no asesora correctamente a su cliente y lo lleva por la vía del litigio, estaría faltando a la misma.

Tal legislación ha puesto énfasis en la educación legal como un tema de interés, puesto que al aprender el verdadero alcance de la mediación, a futuro se encontrarán a muchos más ciudadanos conscientes que actúen de manera proactiva en la solución de sus conflictos.

Finalmente, no se puede dejar de reconocer la celeridad procesal como una de las de las características más importantes que este mecanismo genera, ya que en la etapa de juicio, los procesos demoran incluso años sin resolverse, además de la economía procesal y el gasto que genera la litigación innecesaria lleva a los ciudadanos a pensar que verdaderamente la mediación se torna como la opción más eficaz.

### **3.4 Proceso de mediación en Argentina:**

Al referirnos al proceso de mediación en la Argentina, se comenzará por señalar que en los centros de mediación de dicho país se tratan la mayoría de conflictos civiles y comerciales que recaen sobre materia transigible. Adicionalmente, para las personas que no cuenten con recursos para iniciar el proceso, y así lo demuestren, la mediación procederá de manera gratuita, asegurando el acceso igualitario a la justicia para quienes la necesiten.

#### **a. Materias transigibles.**

Las causas que no son susceptibles de mediación están señaladas de manera explícita en la Ley 26589. Aquí estarían incluidas, entre otras, las acciones penales, medidas cautelares o juicios sucesorios. En este punto, es indispensable que exista claridad, ya que el Órgano Judicial es el encargado de entender el alcance de la norma para ponerla a conocimiento de los usuarios.

#### **b. Comparecencia de las partes.**

A las audiencias de mediación deberán concurrir las partes personalmente, sin apoderado, a excepción de las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias,

según lo establece el artículo 19 de la Ley 26589 (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

Este artículo enfatiza la importancia de la comparecencia de las partes al proceso, de esta manera se garantiza que sean ellas mismas quienes generen las opciones que posteriormente las llevarán al acuerdo. En Argentina los índices de acuerdos alcanzados superan a la imposibilidad de acuerdos, ya que la gente va entendiendo poco a poco el cómo se lleva a cabo el proceso.

#### **c. Designación del mediador.**

Las partes, podrán designar al mediador de común acuerdo, por sorteo, o por propuesta del requirente al requerido, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 26.589 (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

El proceso de mediación en Argentina posibilita a las partes para elegir el mediador, siempre y cuando se cumpla con el principio de imparcialidad, de esta manera existe seguridad en el proceso y la convicción de que se va a llevar a cabo por medio de una persona neutral.

#### **d. Plazo para realizar la mediación.**

El plazo para realizar la mediación será de hasta 60 días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero, conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 26589 (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

Este artículo hace referencia a la celeridad procesal que busca el proceso de mediación en la Argentina. Las partes entienden que es mejor buscar una solución a su conflicto mediante un mecanismo sencillo y eficaz, antes que pasar años litigando en los tribunales.

#### **e. Acuerdos y actas de imposibilidad.**

Si la mediación concluye con acuerdo, el mediador elaborará la respectiva acta en la que consten las firmas de las partes y del mediador. El acta debidamente

autorizada será de obligatorio cumplimiento según lo que establece el artículo 26 de la Ley 26589 (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

En el caso de que la mediación concluya sin acuerdo, se elaborará un acta de imposibilidad de acuerdo, y el siguiente paso será iniciar el proceso judicial, según lo establecido en el artículo 27 de la ley 26589 (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

En la Argentina, los altos índices de acuerdos alcanzados, demuestran la eficacia del proceso. La obligatoriedad ha demostrado ser una de las mejores medidas que este país ha adoptado, en vista de que se ha podido construir una educación legal distinta, que no se basa solamente en la imposición de la norma, sino en los resultados y su funcionalidad.

#### **4. CAPÍTULO IV. DE LA MEDIACIÓN VOLUNTARIA A LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA.**

##### **4.1 Características de la mediación Argentina y la mediación Ecuatoriana.**

Entre el proceso de mediación argentino y el proceso de mediación ecuatoriano encontramos varias diferencias, sobre todo si nos centramos en los aspectos positivos, que son los que permiten optimizar el proceso.

Con esta investigación se trata de analizar los aspectos positivos para considerar la posibilidad de implementarlos en nuestra legislación, tomando en cuenta las características propias de la realidad jurídica ecuatoriana y hacer frente al problema de saturación del sistema judicial.

Una vez expuestos los antecedentes y funcionalidad de la mediación en nuestro país y el impacto de la mediación prejudicial obligatoria en Argentina, a continuación se realizará una comparación normativa, funcional, y procesal.

Para hacer énfasis en la funcionalidad de la mediación argentina, cabe recalcar que nos encontramos frente a dos legislaciones latinoamericanas; es decir, hablamos de una realidad jurídica similar, y es por ello que no se considera la posibilidad de profundizar en la comparación con la norteamericana. Esta última tiene más de 50 años de experiencia en mediación y además maneja un sistema jurídico diferente, el *common law* o derecho consuetudinario, y se aplica en gran parte de los países anglosajones, donde su principal fuente es la Jurisprudencia.

Por su parte, la funcionalidad y eficacia de la mediación en Argentina ha servido como referente para que varios países latinoamericanos intenten buscar, en este mecanismo, una solución viable al problema de saturación del sistema judicial. Por ejemplo, en la Legislación Colombiana, debido a su historial violento, se propone que en la mayoría de estudios jurídicos las partes

puedan llegar a un acuerdo que contemple la mediación; sin embargo, en dicho país la mediación sigue siendo voluntaria.

Así decimos que es evidente que la obligatoriedad ha aportado soluciones viables al sistema de justicia en Argentina.

En el caso de la República del Ecuador, los tribunales de justicia se encuentran colapsados con causas que pasan varios años sin resolución. Es un problema del que todos somos parte, esto incluye a operadores de justicia, profesionales, la academia y el público en general; por ello se vuelve indispensable tomar medidas como las que ha implementado el Consejo de la Judicatura en estos últimos años en lo que respecta a campañas de difusión e información de la mediación. No obstante, como se señaló en párrafos anteriores, estos esfuerzos no han sido suficientes para que la mediación se llegue a implementar como una herramienta que las partes utilicen de manera habitual.

A continuación, se analizarán las principales características de la mediación en el sistema argentino frente al caso ecuatoriano.

#### **a. Voluntariedad vs. obligatoriedad**

Pese a que la mediación y la obligatoriedad no parecen dos conceptos que deberían ir de la mano, en Argentina se ha logrado vencer esta discrepancia y más bien se incentiva y promueve su uso, logrando de esta manera que las y los ciudadanos creen consciencia sobre este proceso, pues el alcance de la norma está destinado a que los conflictos que se pueden transigir, tengan un paso previo, la mediación, antes de llegar a los tribunales de justicia.

Con respecto a la historia de la mediación en Argentina, vemos que esta se instaura desde 1992, esto sin la característica de obligatoriedad. No obstante, en 1995, con la Ley 24573, la mediación se torna obligatoria.

En cuanto a nuestro país, la mediación como parte de los MASC se instaura cinco años más tarde, en 1997, y cuenta con la característica de voluntaria hasta la actualidad.

Al respecto, la diferencia entre el proceso de mediación que se lleva a cabo en Argentina y el que se lleva a cabo en Ecuador, radica principalmente en las características de obligatoria y voluntaria respectivamente; esto pone en ventaja al sistema de justicia argentino ya que, sin duda, ha ayudado a crear una nueva concepción acerca del litigio en la ciudadanía argentina.

Al tomar como referencia la mediación prejudicial obligatoria en la Argentina, se intenta sentar un precedente sobre su utilidad e impacto en el transcurso de estos años.

Estudios realizados en ese país han demostrado que este mecanismo ha llegado a ser verdaderamente útil y que la mediación es altamente utilizada como una herramienta fundamental para la resolución de conflictos. Esto se fundamenta en el respeto que la ciudadanía ha llegado a tener al proceso, palpable en los índices de asistencia a las audiencias de mediación y en el número de acuerdos alcanzados.

Como similitud entre las dos legislaciones se puede destacar que el acta de mediación debidamente autorizada y con las respectivas firmas, constituye un documento de obligatorio cumplimiento para las partes. En el caso de que estas no lleguen a un acuerdo, las dos legislaciones establecen que el siguiente paso será iniciar la demanda por vía judicial.

Si bien es cierto en Argentina la mediación es obligatoria, la voluntad se hace presente hasta el momento en que las partes deciden si continúan o no con el proceso, en el caso de no llegar a un acuerdo, el siguiente paso será acudir a la justicia ordinaria.

Mientras en Argentina se busca la celeridad procesal, el bienestar de las partes y del sistema de justicia mediante el uso de la mediación prejudicial obligatoria, el sistema de justicia ecuatoriano aún se encuentra en proceso de transformación, por el hecho que en nuestro país la mediación sigue siendo voluntaria, y procede en tres casos puntuales; entre ellos es que sea bajo solicitud de las partes, y aquí precisamente, creemos, radica una de las

mayores complicaciones, ya que en nuestro país son pocas las partes que buscan, por sí mismas, la mediación como mecanismo de solución conflictual.

Las reformas que se han planteado en el sistema de justicia argentino, en todo este tiempo, han servido para trabajar en una sociedad pacífica al contemplar un procedimiento que genere celeridad procesal y menor costo relativo, e incluso en algunos casos llegar a ser gratuito.

### **b. Transigibilidad**

Al referirnos al término transigibilidad, estamos hablando de un asunto que se puede llegar a tranzar, es decir, llegar a un acuerdo sobre algo que está en disputa, y es por ello que en cada legislación se intenta establecer qué materias son y no transigibles, de modo que la gente pueda acudir a los distintos mecanismos extrajudiciales.

La Legislación Argentina, por ejemplo, estipula de manera precisa las materias que no se pueden tranzar, en el artículo 5 de la Ley 26589, y señala como causas de excepción de la mediación previa a una acción judicial las siguientes:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estas. El juez, deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado Nacional, las provincias, los municipios o la ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades Descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa, y no se trate de ninguno de los supuestos que se refiere al artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y rehabilitación, amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- e) Medidas cautelares, hasta que se decidan las mismas;

- f) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- g) Juicios sucesorios;
- h) Concursos preventivos y quiebras;
- i) Convocatoria a asamblea de copropietarios; y,
- j) Conflictos de competencia de justicia del trabajo; I Procesos voluntarios (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

Por el contrario, la LAM ecuatoriana señala, únicamente en su artículo 43 y de manera general, que la mediación debe versar sobre materia transigible, pero no indica puntualmente qué atañe a lo transigible y qué no. En este punto se torna importante que las materias que se pueden tranzar estén establecidas de manera explícita, de esta manera la norma será entendida por las y los abogados para evitar declinaciones y nulidades.

### **c. Comparecencia**

La comparecencia, implica el interés para que los conflictos puedan ser resueltos de manera pronta y eficaz, así como la responsabilidad del ciudadano, para acudir al proceso, la comparecencia es indispensable para lograr los acuerdos, y la necesidad de transmitir a los usuarios los beneficios del sistema para que asistan a la mediación, esto se logra a través de programas de difusión, políticas públicas y una adecuada primera llamada.

La mediadora y catedrática argentina Liliana Carbajal, en su artículo *Interdisciplina y Multidisciplina. Por un lugar en el saber y hacer de la Mediación* (2012), publicado en la revista La Trama, dice:

“Sin dramatismos entiendo que si los mediadores no incorporamos la idea del reconocimiento del otro, del pluralismo como experiencia de enriquecimiento mutuo y del interés común como un bien mayor de los intereses particulares y/o corporativos, poco podremos hacer para contribuir con aquellos que acuden a un proceso de mediación, a los que

les ofrecemos este horizonte y que no tardarán en percibir nuestras contradicciones” (Carbajal L. , 2012, p. 2).

La autora concibe a la mediación como un mecanismo en el cual debe existir cooperación; es decir que en el proceso habrá que ponerse en el lugar del otro para poder entender la causa que generó el conflicto y buscar sus posibles soluciones, ya que si no existe cooperación, difícilmente se podrá alcanzar algún tipo de acuerdo.

En cuanto a la comparecencia de las partes en el sistema de justicia argentino, la inasistencia a las audiencias es sancionada con multas, tal como lo establece el artículo 28 de la Ley 26589, mismas que se imponen con el afán de asegurar la asistencia de las partes. Esto ha servido para infundir respeto en el proceso, y el porcentaje que se deberá abonar será una multa “cuyo monto será equivalente al cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria” (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

En el sistema de justicia argentino se da a la mediación la importancia que requiere, y se evita que la ciudadanía trate de burlar el proceso, pues este tipo de sanciones sirven para crear responsabilidad y además para infundir una educación legal distinta, ya que dicho país ha entendido que es mejor resolver sus conflictos mediante una solución pacífica, antes de pasar años litigando en los tribunales.

Por el contrario, la legislación ecuatoriana, frente a la falta de comparecencia de las partes, no establece ningún tipo de sanción, por lo tanto, adoptar este tipo de medidas sería importante como un mecanismo para que las partes entiendan la utilidad de la mediación, y lo importante que se vuelve acudir al proceso en busca de una solución que beneficie mutuamente a las partes.

#### **d. Inmediación**

La intermediación es un principio que rige para cualquier procedimiento legal. Implica la existencia de un contacto directo entre las partes y el mediador con el objetivo de que las partes puedan expresar de manera abierta los aspectos que originaron el conflicto.

Dentro del proceso de mediación en Argentina, el principio de intermediación rige incluso antes de la fecha de la audiencia, donde tanto el requirente como el requerido podrán tomar contacto directo con el mediador. Este aspecto es positivo en vista de que va a existir una conversación previa a la audiencia; es decir, las partes tienen la posibilidad de expresar al mediador sus razones, sus miedos o los motivos que generaron la controversia; se trata, entonces de una preparación previa a la audiencia, para que cuando llegue el día, las partes puedan tener claro el panorama, siempre con el objetivo de alcanzar mejores acuerdos.

Con cierta similitud, encontramos que en la legislación ecuatoriana, en la etapa de contacto, se llega a practicar la intermediación. En esta etapa se propicia un ambiente de diálogo, tratando de generar confianza y apertura entre las partes.

Si en el entorno denota tensión entre las partes, el mediador puede tener reuniones por separado con el fin de escuchar la percepción de cada parte sobre el conflicto. La existencia de estas reuniones no implica, bajo ninguna circunstancia la posibilidad de un proceso imparcial, por el contrario, se trata de conversar con cada una de las partes para que al momento de la audiencia no existan disputas y se pueda llegar a optimizar el tiempo antes de alcanzar el acuerdo.

Finalmente se pasa a la etapa de contexto, donde ya se introduce a las partes a la mediación. Esta etapa es trascendental ya que el mediador debe contar con técnicas especiales para lograr que exista apertura y que cada una de las partes se ponga en el lugar de la otra con el objetivo de ceder para alcanzar el acuerdo.

En nuestra legislación existe el principio de inmediación; sin embargo este no se da antes de las audiencias como en el caso argentino, lo que implica que las partes recién en la audiencia de mediación traten buscar una solución.

En la legislación ecuatoriana es común ver en las audiencias que las partes siguen sacando los aspectos negativos que generaron el conflicto, lo que dificulta llegar a un acuerdo, lo óptimo sería que en nuestro país el principio de inmediación se pueda dar antes de la fecha de audiencia, tal como se maneja en el sistema argentino, con el propósito de tener una visión clara de las opciones que las partes pueden generar para llegar a un acuerdo.

#### **e. Gratuidad**

En cuanto a la condición de gratuidad, en la Argentina el uso la mediación prejudicial obligatoria da la oportunidad de acceder a la justicia a personas de escasos recursos económicos para resolver sus conflictos. En dicho país se analiza cada caso en particular y si se justifica la falta de recursos, se puede acceder a la mediación de manera gratuita o de bajo costo.

El artículo 36 de la Ley 26589 establece que “quien se encuentre en necesidad de litigar sin contar con recursos de subsistencia, y acreditare esta condición, podrá solicitar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en forma gratuita” (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

En Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) no establece una solución si las partes no cuentan con recursos económicos; sin embargo, existen centros de mediación gratuitos como el del Consejo de la Judicatura. Así parece avistarse cierto índice de alta funcionalidad, en vista de que la gente de escasos recursos acude a estos centros con la predisposición de llegar a un acuerdo, caso contrario tendrían que pagar un alto precio si quisieran litigar.

Además del Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura, el Centro Mediación de la Pontificia Universidad Católica de Quito también presta

servicios de manera gratuita y el de la Fundación Fabián Ponce establece tarifas asequibles para sus usuarios.

Según informes anuales, estos centros son los que manejan un mayor número de acuerdos alcanzados en la provincia de Pichincha.

Si bien estos centros demuestran ser funcionales y constituyen un aspecto positivo para el fortalecimiento de la mediación, no son suficientes para atender a la mayor parte de la población, es por ello que necesitamos la implementación de más centros públicos y gratuitos.

La legislación argentina, mediante su Ley 26546, se ha preocupado de que el proceso sea equitativo y llegue a todos en igualdad de condiciones. Sin importar si las partes poseen o no recursos económicos, los conflictos terminan por resolverse.

El principal objetivo para la legislación ecuatoriana debiera ser que la mediación llegue a convertirse en un mecanismo funcional; y que en centros gratuitos como los del Consejo de la Judicatura y el de la Pontificia Universidad Católica se puedan llegar a resolver la mayoría de conflictos civiles y comerciales; así la ciudadanía llegaría a tener otra concepción sobre justicia, pues justicia que tarda, no es justicia.

Por otro lado, se puede ver que los centros de mediación privados, entre ellos el de la Cámara de la Construcción y la Cámara de Comercio de Quito, resuelven asuntos comerciales entre empresas o conflictos entre particulares. En estos centros se reconoce un alto nivel de funcionalidad y resultados en vista de que acuden personas que tienen la posibilidad de pagar por un proceso de mediación, por lo tanto, va a existir una mayor predisposición para llegar a un acuerdo.

#### **f. Innovación**

La innovación es una de las características que se puede destacar dentro de la legislación argentina en estos últimos años, ya que se han adoptado medidas

que contribuyen a la celeridad del proceso mediante diversos sistemas informáticos, mismos que permiten el acceso a información actualizada sobre las mediaciones.

Los sistemas informáticos, en la Argentina, se ajustan a las necesidades actuales; funcionan a través de un programa en línea que permite optimizar el tiempo. Uno de los más utilizados en el país se denomina *MEDIARE*.

“*MEDIARE* © es el sistema electrónico de gestión y tramitación de expedientes de mediación, conciliación y arbitraje a través de Internet más avanzado del mercado para su institución o corte. Este sistema es ideal para procedimientos simplificados de mediación.

Gracias a *MEDIARE*©, su centro de mediación o corte arbitral podrá beneficiarse de las últimas tecnologías, ahorrando costes y mejorando su servicio. Este sistema funciona como un servicio, lo que significa que usted solo paga por lo que utiliza, así de sencillo, evitando la necesidad de realizar costosas inversiones iniciales” (*MEDIARE*, 2014).

Como podemos ver, este sistema de mediación en línea se ajusta a las necesidades actuales, al permitir que tanto mediadores como usuarios optimicen el tiempo en la resolución de sus conflictos.

No solo los sistemas de mediación se constituyen como parte innovadora del sistema de justicia en Argentina, pues allí, otro tema de interés consiste en que los mediadores tienen la posibilidad de trabajar de manera conjunta con profesionales asistentes, tal como lo señala el artículo 10 de la Ley de Mediación y Conciliación 26589, al establecer lo siguiente:

“Los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación, y cuyas especialidades se establecerán por vía reglamentaria” (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

Con el objetivo de que el proceso se torne eficaz, los mediadores trabajan conjuntamente con psicólogos para asistir a las partes en conflicto. Este trabajo conjunto significa un gran aporte, ya que las partes estarán abiertas a expresar sus intereses y con esto se pueden alcanzar acuerdos de forma más profunda. Adicionalmente, es preciso reconocer la función que desempeña el Ministerio de Educación argentino, ya que dicha institución establece políticas públicas para enseñar a los estudiantes a mediar desde temprana edad.

Para la Mediadora argentina Norma Bessone,

“En una época como la que vivimos ahora, a nadie se le escapa que la resolución de conflictos de un modo pacífico es uno de los desafíos de la sociedad actual y en particular de la institución de la escuela. Por otro lado, desde las instituciones educativas se reclama, cada vez con mayor insistencia, la necesidad de contar con técnicas y procedimientos eficaces para atender a una creciente diversidad de personalidades con diferentes intereses, deseos y necesidades que generan una multitud de situaciones de divergencias” (Bessone, 2014).

La legislación ecuatoriana, aún no cuenta con los sistemas tecnológicos que hoy en día funcionan en la Argentina, y esto se debe a que en ese país la mediación funciona, entonces la demanda de casos va a ser mayor, por lo tanto, se necesita implementar mecanismos que coadyuven con el sistema para optimizar el proceso.

Mediante el uso de metodologías y nuevas técnicas, la legislación argentina intenta implementar mecanismos novedosos que simplifican el tiempo en la tramitación de las causas. El enseñar a mediar desde temprana edad genera la posibilidad de resolver los conflictos mediante la de cultura de paz, y, además, que este aprendizaje se perpetúe en las futuras generaciones.

### **g. Difusión**

La difusión, en el procedimiento de mediación, intenta crear ciudadanos proactivos que se involucren en un tema que nos concierne a todos como sociedad.

En el sistema judicial argentino, la característica de la obligatoriedad de la mediación la convierte en un mecanismo conocido y utilizado por todas y todos. En ese escenario la mediación alcanza los resultados satisfactorios que hoy en día se ven en tal país, y si bien la mediación es obligatoria, eso no quiere decir que tenga que dejar de ser difundida, puesto que mientras más esté informada la ciudadanía acerca del proceso y los temas que se pueden conocer por mediación, los beneficios de este mecanismo extrajudicial propenden a ser cada vez mayores.

En el Ecuador la mediación no ha sido un mecanismo difundido, y esto debido a la falta de información que se ha manejado en nuestro país desde la década de los años 90.

En nuestro país la realidad difiere a la de Argentina ya que al constituirse la mediación como únicamente voluntaria, si bien existen campañas de difusión organizadas por el Consejo de la Judicatura y Centros de Mediación gratuitos, no se ha logrado el alcance real que tiene la mediación como servicio para todas y todos los ciudadanos.

Las campañas de difusión de la mediación, sumadas al Plan Nacional del Buen Vivir y la normativa vigente, señalan que Ecuador es un país de paz, y que el Estado garantiza la aplicación de mecanismos alternativos al litigio.

Según datos proporcionados por el Consejo de la Judicatura, hasta el año 2015 se trabajará en la implementación centros gratuitos. Pese a todos los esfuerzos, la mediación aún no cumple con las expectativas para ser reconocida como un mecanismo de ayuda sustancial al sistema de justicia.

En cuanto a los centros de mediación privados, en nuestro país podemos ver que en la práctica solo acuden personas que pueden pagar por el proceso; esto debido a las elevadas tarifas que se requieren en dichos centros. Para ello es importante que exista un mayor número de centros de mediación públicos y además gratuitos, implementados bajo parámetros estratégicos, capaces de llegar a cada sector en condiciones de igualdad.

El elemento esencial para que la mediación pueda posicionarse como mecanismo efectivo en nuestro país, es el acceso a la información y sobre todo más campañas de difusión dirigidas a los ciudadanos y ciudadanas y a los operadores jurídicos. Todo esto con el objetivo de colaborar de manera pragmática a los problemas de congestión del sistema de justicia, por ello es indispensable fortalecer el uso de la mediación y lograr su efectividad.

#### **h. Capacitación**

La capacitación en el proceso de mediación juega un papel fundamental, pues el rol de los mediadores consiste en actuar como terceros imparciales; es decir, bajo ninguna circunstancia podrán proponer opciones, sino que deben procurar el diálogo entre las partes, para que sean ellas mismas quienes generen esas opciones.

El mediador debe realizar su trabajo con responsabilidad, y sobre todo con imparcialidad. En el caso que exista algún tipo de parentesco con las partes deberá excusarse. En este aspecto, la Ley de Mediación y Conciliación Argentina 26589 ha intentado ser bastante clara en cuanto al tema de la capacitación de los mediadores, ya que en su artículo 11, establece de manera precisa los requisitos para ser mediador:

- a) Título de Abogado con tres años de antigüedad en la matrícula;
- b) Acreditar la capacitación;
- c) Aprobar un examen de idoneidad (Ley de Mediación y Conciliación Argentina, 2010).

La legislación argentina ha tomado con responsabilidad el tema de la capacitación, pues de esto ha dependido, en gran medida, que las partes alcancen acuerdos significativos.

Según Daniel Martínez Zampa,

“El entrenamiento en Mediación implica un trabajo exhaustivo sobre cada una de las etapas del proceso de mediación, las técnicas a utilizar, la neutralidad, la confidencialidad y aquellos elementos que forman parte de este proceso, concluyendo con una práctica guiada o ‘pasantía’. Consideramos necesaria la aclaración dado que, debemos ser conscientes que, con la ‘capacitación’ no basta para conducir un proceso de mediación entre adultos en la Institución Educativa, sino que se requerirá un entrenamiento específico” (Martínez Zampa, 2014).

El autor hace referencia a que la capacitación, siendo un tema tan importante e influyente en el proceso de mediación, requiere de cierta práctica y años de experiencia, por lo que para ser mediador se necesitan aptitudes especiales, pues estas personas son terceros imparciales cuyo trabajo se basa en encaminar a las partes, para que estas, por sí mismas, logren dialogar, generar opciones de solución y posteriormente llegar al acuerdo.

Con respecto al tema de la capacitación en Ecuador, la realidad es distinta, pues la LAM ecuatoriana únicamente establece que el mediador deberá realizar cursos de capacitación según lo establecido en el artículo 48 que señala que “para estar habilitado para actuar como mediador, deberá constarse con la autorización escrita de un centro de mediación, esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador” (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997).

En nuestra legislación, únicamente se establece como requisito el haber recibido una autorización de carácter escrito, mas no se habla de los años de experiencia ni de los exámenes de idoneidad para poder actuar como mediador.

Se puede ver, entonces, que en Argentina se busca y tipifica una mejor preparación de los mediadores, además la organización de su sistema, mismo que busca asegurar a las partes un resultado beneficioso. Estudios realizados acerca de la funcionalidad de la mediación en estos años señalan que las partes que han utilizado alguna vez la mediación, la recomiendan y la consideran como eficaz y oportuna.

### **i. Ética**

La Real Academia Española de la lengua define la ética como el “conjunto de normas morales que rigen la conducta humana” (2001). Esto implica el ajuste personal a normas establecidas como socialmente aceptables y al mismo tiempo el evitar comportamientos o prácticas que estén fuera de la ley, o que a su vez no estén contempladas en la misma, pero que de una u otra forma atenten contra la integridad y derechos de las personas.

La ética es un valor que, en el ideal, toda persona y profesional debieran ejercer. Si hablamos de la ética del abogado, cabe aclarar que su deber consiste en asesorar correctamente a su cliente con respecto a lo que establece la ley y la normativa.

El doctor y profesor de filosofía Alejandro Vigó, en cuanto a la ética y perfectibilidad en el papel de la cultura dice:

“En el caso de las personas, de los seres racionales, la naturaleza está dada a manera de un repertorio de potencialidades cuya actualización no se da en forma mecánica, sino a través de un proceso de mediación cultural que implica la educación y formación de hábitos” (Vigó, 1999).

Es sí que los mediadores deben asumir la posición ética de buscar el bienestar de las personas que acuden en busca de ayuda, y no parcializarse o menoscabar los derechos de alguna de las partes.

En lo que nos compete, después de los cambios que atravesó la mediación en Argentina, se reconoce que la mentalidad de abogados y usuarios ha cambiado respecto al litigio, pues actualmente existe una educación legal distinta que da paso a un cambio cultural, ya que hoy en día los abogados son los primeros en asesorar a sus clientes acerca de las ventajas del proceso de mediación.

En Argentina se ha dejado de pensar que la mediación es un peligro para los ingresos de los profesionales; de hecho, algunos llegan a hacer el papel de mediadores y además pueden trabajar conjuntamente con profesionales asistentes con el objetivo de fortalecer el uso de la mediación como en el caso de las mediaciones asistidas con psicólogos.

Víctor Valera (2004, p. 178) dice que “la diferencia entre el abogado recto y el deshonesto [es] que el segundo utiliza su ingenio para violar legalmente la moral; aquel, [el abogado recto] en cambio, se esfuerza para que la moral salga triunfante de la enredada madeja de las leyes”.

El autor hace la distinción entre el abogado ético y aquel que viola la moral y sostiene que el primero hace lo posible para no dilatar el proceso y para que las leyes puedan ser entendidas por los ciudadanos, mientras que el otro tipo de abogado intenta sacar provecho del proceso y los costos que este genera.

Para Binder (2007), “lo que caracteriza a la cultura jurídica latinoamericana es la costumbre, la ignorancia, o en algunos casos la maldad de ciertos operadores jurídicos”.

El mismo Valera cita el libro *Demasiados abogados*, de Piero Calamandrei (1926), para decir que la forma en que contribuye el abogado en el proceso es “liberar al juez de una lucha contra la ignorancia y la mala fe que le quitarían toda la serenidad y toda la agilidad al juicio, puesto que la presencia del defensor (...) es garantía de ciencia y de probidad” (Pérez Valera, 2004, p. 179).

En la legislación argentina se puede ver que desde que la mediación es obligatoria, los abogados se han destacado por manejar su profesión mediante la ética y no por la imposición de la Ley y más bien han aprendido a manejar los conflictos por medio del diálogo. Estos se establecen como parte integrante del proceso, siempre que cuenten con la acreditación necesaria que establece la Ley.

En Ecuador, la realidad es distinta, debido a la cultura del litigio que caracteriza tanto a los abogados como a los usuarios. En la mayoría de casos, el abogado litigante pone en juego el derecho de la persona de acudir a mecanismos extrajudiciales con el objetivo de obtener ventaja y lucrar a costa de su cliente. Esta situación podría menguar mediante una correcta actuación de los abogados y el acceso a la información por parte de los ciudadanos.

En nuestro país, las políticas que ha establecido el Consejo de la Judicatura buscan fortalecer el sistema de mediación con el objetivo de promover la derivación judicial e implementar el sistema de justicia de paz. No obstante, en la práctica, son pocos los casos en que los abogados o los jueces derivan a las partes a la mediación. En este punto, si la mediación se convirtiera en obligatoria y no voluntaria, los conflictos pasarían, necesariamente, por esta vía y dejaría de ser la discreción del profesional la que asesore a su cliente.

#### **4.2 La Obligatoriedad como eje de la eficiencia del proceso de mediación en Argentina.**

Hasta principios de los años 90, el acceso a la justicia en Argentina era difícil, se tenía una gran cantidad de expedientes que se encontraban en los tribunales y que no siempre llegaban a ser sentenciados debido a los altos costos que implicaba o por el hecho de que las causas se dejaban de impulsar.

Pese a esto, desde que se implementó la obligatoriedad de la mediación en la legislación argentina no solo se ha aportado a la descongestión del sistema judicial, sino que también ha cambiado la percepción de los ciudadanos sobre

el conflicto, pues ha existido un cambio en la manera de resolverlos, y esto se refleja en el número de acuerdos que en esa legislación se alcanzan.

Los usuarios del sistema de justicia argentino se dieron cuenta de que la obligatoriedad generaba resultados positivos y que su condición no debía desaparecer, puesto que educaba cada vez más a las personas para resolver sus conflictos mediante el diálogo y la cultura de paz.

Según Juana Dioguardi (2013),

“Los mediadores capacitados en la voluntariedad creían que la Ley o la obligatoriedad eran solo hasta que las personas conocieran este proceso de dirimir el conflicto, en la medida de su conocimiento y divulgación, se adaptaría a una realidad sin obligatoriedad”. (Dioguardi, 2013).

La implementación de la obligatoriedad, en principio, se impulsó con la finalidad de que sea conocida como la instancia que antecede al proceso en materias transigibles; sin embargo, los resultados posteriores no permitieron que esta característica desapareciera en vista de que los usuarios reconocieron su utilidad.

En Ecuador la voluntariedad no da cabida a que el proceso de mediación sea conocido y utilizado por todas y todos los usuarios del sistema judicial; de hecho, son pocas las personas que conocen las ventajas del procedimiento y hasta se puede decir que existe desconocimiento acerca de la importancia que tiene el acta de mediación, a pesar de que la LAM establece que esta tiene fuerza de sentencia ejecutoriada. Entonces, uno de los principales problemas por los que atraviesa nuestra legislación es la falta de información.

Para Olivia Cortez, abogada y catedrática,

“El proceso de fortalecimiento de la mediación debe afianzarse pues todavía los métodos no son conocidos por la mayor cantidad de la población y en otros sectores siguen siendo mirados con desconfianza, por una parte de la población, de los abogados y de los mismos

administradores de justicia como algunos jueces y magistrados y otros sectores que los miran como una justicia para pobres” (2007).

La misma autora señala que “la carencia del reglamento a la Ley de mediación no facilita que se cuente con una guía técnica y administrativa, para el desenvolvimiento de los centros de mediación, lo que ha generado algunas situaciones ambiguas y de confusión” (Cortez, 2007).

Acorde a lo señalado, la mediación en nuestro país debería constituirse como un mecanismo difundido, utilizado y funcional, el conflicto que se suscite debería resolverse primero por esta vía antes de buscar respuesta en la justicia ordinaria. Sin embargo, como se ha mencionado, son pocos los centros funcionales y, en general, se puede percibir una escasa capacitación de los mediadores, a menos que pertenezcan a centros privados y estén en constantes cursos de capacitación para brindar una atención de calidad a personas que sí pueden pagar por una justicia oportuna cuando la celeridad procesal debería ser uno de los principios más importantes en la resolución de conflictos.

En el caso de implementar la obligatoriedad en el Ecuador, además de contribuir con el sistema de justicia, estaríamos fomentando una educación legal distinta, en vista de que es uno de los países latinoamericanos donde se pueden ver mayores índices de corrupción y conflictividad.

El problema radica en que la ciudadanía está acostumbrada a judicializar la mayoría de conflictos, pues no solo se trata de criticar al sistema judicial que se torna poco eficiente o que no genera los resultados esperados, sino que se trata de adoptar una postura distinta frente al conflicto.

La funcionalidad de la mediación en Argentina, en la actualidad, es uno de los temas más relevantes por cuestiones como: el menor costo de los procesos, la optimización del tiempo en la tramitación de las causas, y, en general, la concepción positiva que se ha llegado a tener sobre la mediación.

Según dice Juan Carlos Dupuis,

“Quienes apoyan el carácter obligatorio del instituto se hacen eco de la necesidad de introducir en nuestro medio «la cultura de la mediación», por lo que se convertiría en letra muerta cualquier disposición que, en una primera etapa, no revistiera esa calidad” (Dupuis, p. 95).

Sobre el tema de la litigación innecesaria, es preciso recalcar en el análisis de los desgastes emocionales y de tiempo que genera un proceso judicial. Por ello, quienes aún critican a la mediación, no toman en cuenta que es importante ir agotando las instancias procesales, no solo para evitar la saturación del sistema judicial, sino para que las propias partes puedan expresarse y superar los aspectos negativos que provocaron el conflicto para, finalmente, generar opciones y llegar al acuerdo.

Posterior al análisis sobre las ventajas de la obligatoriedad de la mediación en Argentina, se puede decir que esta característica ha sido el mecanismo por el cual, en este país, se ha podido ver un cambio en la cultura.

La cultura es la manifestación de los comportamientos humanos en una época o una sociedad determinada. En el caso argentino, la cultura jurídica se manifiesta en la respuesta que ha habido por parte de la ciudadanía ante el uso de la mediación obligatoria y sus posteriores resultados.

La Ley 26589 está redactada de manera tal que todos sus artículos son claros, y esto ha permitido que los abogados y operadores del sistema de justicia puedan entender su alcance, dando lugar a que la mediación se constituya como la herramienta que garantiza la eficacia del proceso; y es, precisamente, su factor más importante, la obligatoriedad.

Los demás aspectos que caracterizan a la Ley 26589, como la capacitación de los mediadores, las multas que se establecen frente a la falta de comparecencia de las partes, o la gratuidad del proceso en caso de falta de recursos, son complementos que aportan a la funcionalidad de la mediación en Argentina, referente del sistema judicial de Latinoamérica.

Todas estas características han permitido que se presente un cambio progresivo que ha dado paso a una nueva cultura de paz, en vista de que la globalización y el desarrollo del derecho impulsan a que varias legislaciones, sobre todo las latinoamericanas, aborden a la cultura jurídica a expensas de un cambio, bajo la concepción de que existe un estrecho vínculo entre el derecho como fenómeno cultural y la sociedad.

En el caso argentino, el principal objetivo de la implementación de la mediación obligatoria ha sido regular la convivencia social en que se desarrolla la cultura jurídica, puesto que intervienen tanto operadores como usuarios, pues el objetivo de todo sistema jurídico es asegurar el bien común, y una manera de hacerlo es garantizando el acceso a una justicia igualitaria, sin restricciones ni limitaciones.

Para Luigi Ferrajoli (1999),

“...el derecho puede, efectivamente, concebirse como un complejo lingüístico, a un mismo tiempo objeto y producto de la cultura jurídica; es decir, como un conjunto de signos normativos y de significados asociados a ellos en la práctica jurídica de los juristas, operadores y usuarios, todos los cuales concurren, de diferentes formas y en diferentes niveles, a su producción además de a su interpretación”.

Según el autor, la cultura jurídica comprende una práctica determinada por juristas y usuarios. En el caso argentino, podemos ver que la obligatoriedad de la mediación ha provocado una transformación en los usuarios del sistema de justicia, pues su aplicación ha cambiado la manera en que las personas resuelven sus conflictos, destacándose del resto de países latinoamericanos que viven una realidad jurídica similar. La cultura jurídica está estrechamente relacionada con procedimientos del diario vivir que tienen que ver con la práctica del derecho.

Friedman habría propuesto una diferenciación entre cultura jurídica interna, que serían las creencias, opiniones y expectativas de los operadores del sistema

jurídico, es decir abogados, jueces y magistrados, y la cultura jurídica externa, que serían las creencias, expectativas y opiniones del común de las personas (Friedman L. , 1969).

La mediación prejudicial obligatoria en Argentina hace referencia a la existencia de un cambio que se ha podido ver desde los operadores y abogados (cultura jurídica interna) hasta los usuarios (cultura jurídica externa), pues abarca valores, principios y prácticas que van más allá del ámbito normativo.

Antes de 1992 la legislación argentina atravesaba por los mismos problemas que la mayoría de sistemas de justicia latinoamericanos, es decir altos niveles de corrupción e índices de litigiosidad. El cambio de la cultura jurídica se da a partir de la implementación de la mediación obligatoria en 1995. Desde esa época ha tenido un impacto positivo, en vista de que el uso de la mediación obligatoria ha dejado su huella, pues los abogados, y sobre todo las personas, han entendido su alcance y la importancia de que exista una Ley que aporte al problema de saturación de justicia.

De todo lo mencionado podemos concluir que los cambios en la legislación argentina han sido progresivos, pues como se señala en los antecedentes normativos, la obligatoriedad de la mediación causó resistencia, y no solo en los usuarios sino también en los abogados, quienes creían que esta significaba un peligro para sus ingresos y además no veían futuro en ella.

La resistencia inicial que causó la obligatoriedad de la mediación en la Argentina ha sido superada a través del tiempo y las experiencias que este mecanismo ha generado, puesto que la eficacia de una norma no depende de su imposición, sino de la aceptación ciudadana que esta reciba y el nivel de satisfacción preste a la ciudadanía.

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

### 5.1 Conclusiones

1. El conflicto es un hecho inherente a la vida de los seres humanos. Dependiendo de su forma de resolución, puede convertirse en una experiencia positiva o negativa. Antiguamente, las partes que se encontraban en disputa acudían a personas de edad avanzada, atendiendo a su sabiduría, para la resolución de sus conflictos.
2. Los métodos alternativos de solución de conflictos emergen bajo el paraguas de la cultura de paz. Su principal objetivo ha sido fomentar el diálogo y la participación social, ya que el acceso a la justicia, en la mayoría de países, sobre todo en América Latina, ha sido una de las áreas más problemáticas.
3. Desde que la mediación se utiliza como método alternativo de solución de conflictos, se puede decir que el problema de la congestión judicial ha mejorado, pero no al punto de coadyuvar a la mayoría de sistemas de justicia, a excepción del caso argentino que ha implementado en su sistema de justicia el uso de la mediación prejudicial obligatoria como eje fundamental de un cambio cultural.
4. A partir la década de los años 90, el sistema de justicia ecuatoriano ha atravesado por una grave crisis que ha provocado que, generalmente, los usuarios perciban al sistema de justicia como ineficaz e injusto, en razón de que la mayoría de conflictos demoran años en resolverse.
5. Con la entrada en vigencia de LAM, en 1997, se esperaba que la mediación se convirtiera en un mecanismo difundido y utilizado por la mayoría de usuarios. No obstante, la mediación no alcanzó las expectativas esperadas, pues su uso no es masivo y el problema de

saturación de justicia no ha mejorado hasta la actualidad. Es evidente, que existe una falta de organización en cuanto al acceso a la información, difusión y la existencia de centros de mediación funcionales, y es justamente debido a ello que es necesario un cambio en el sistema procesal que asegure que se agoten todas las instancias antes de que los conflictos trasciendan a la esfera judicial.

6. La formación de los abogados en nuestro país debería dejar de centrarse en el litigio; esto permitirá que los abogados asesoren a sus clientes acerca de las ventajas de la mediación, generando bienestar para las partes y cooperación con el sistema judicial.
7. En lo que respecta a Derecho Comparado, se puede ver que en Argentina, desde el año 1995, la obligatoriedad de la mediación ha sido un tema jurídico relevante, pues se ha convertido en la mejor herramienta de solución de conflictos. Entre el sistema de justicia argentino y el sistema de justicia ecuatoriano se observa una realidad jurídica similar; sin embargo los resultados en cuanto a celeridad procesal, capacitación, gratuidad y acuerdos alcanzados en la Argentina superan cualquier expectativa, al generar credibilidad en la justicia y una sensación de satisfacción.
8. Acorde a los criterios estudiados, se extrae que los índices de acuerdos alcanzados con el uso de la mediación prejudicial en la Argentina son altos, esto se debe a que las personas toman con responsabilidad el proceso y comparecen a las audiencias; además, desde que la mediación es obligatoria en ese país, ha existido un cambio evidente en la cultura jurídica, a tal punto que si la condición de obligatoria desapareciera, las personas buscarían este mecanismo por sí mismas; incluso los abogados la recomiendan de manera habitual ya que han dejado de concebirla como un peligro para sus ingresos.

9. Del estudio realizado, se puede concluir además que la voluntariedad de la mediación en nuestro país no ha generado resultados ni para el sistema ni para que la ciudadanía. Son pocos los casos en los que la gente acude a este mecanismo por cuenta propia; por ello, es indispensable que se adopten medidas, caso contrario seguiremos siendo parte de la cultura de la litigiosidad y del problema de saturación del sistema de justicia.
10. Sin restarle importancia a las iniciativas por parte del Estado para posicionar a la mediación como mecanismo extrajudicial en nuestro país, no se ha obtenido los resultados esperados, puesto que la propia ciudadanía, en la mayoría de casos, prefiere centrarse en el litigio. La mediación debería implementarse como instancia obligatoria para que la ciudadanía ecuatoriana deje de lado esa mentalidad conflictiva característica y busque resolver los conflictos de manera proactiva.

## **5.2 Recomendaciones**

De los resultados y conclusiones obtenidos de esta investigación, se proponen las siguientes recomendaciones:

1. Frente a las limitaciones que se encontraron en la legislación ecuatoriana, en cuanto al uso de la mediación, se recomienda la creación de centros de mediación gratuitos y públicos. Esta condición asegurará que este mecanismo llegue a mayor parte de la ciudadanía en condición de igualdad; estos centros deberían ser funcionales y estar ubicados bajo parámetros estratégicos.
2. Se recomienda incluir el sistema de mediación prejudicial obligatoria en la Ley de Arbitraje y Mediación, lo que implica que el artículo 43 quede de la siguiente manera:

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

En este sentido, si este artículo (43) es reformado, debería desaparecer el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación que establece los casos en los que la mediación procede.

3. Se recomienda que la Ley de Arbitraje y Mediación se reforme en cuanto a los requisitos de capacitación de los mediadores; por lo tanto, el artículo 48 debería establecer lo siguiente:
  - a) Art. 48 - “Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación, tener al menos 2 años de experiencia en derecho, realizar cursos académicos y rendir anualmente un examen de idoneidad que lo acredite como mediador capacitado”.
4. Las materias susceptibles de transacción deberían estar estipuladas de manera explícita en un artículo de la LAM, de modo que la ciudadanía tenga conocimiento de cómo, cuándo y a dónde acudir en busca de un proceso de mediación.
5. Por último, la comparecencia de las partes a las audiencias de mediación es un tema de trascendental importancia, por lo que el artículo 51, de la Ley de Arbitraje y Mediación debería reformarse y establecer lo siguiente:

- a) Art. 51 - "Si alguna de las partes no comparece a la primera audiencia de medicación a la que fuere convocada, deberá abonar una multa correspondiente a un salario básico unificado".

## REFERENCIAS

- Bessone, N.( 2014). *Mediación Educativa- La Función Mediadora del Preceptor*. (EICAME-Centro de Mediación y Gestión de Conflictos) recuperado el 12 de marzo de 2014 de Mediación:<http://www.todosobremediacion.com.ar/sitio/index.php/articulos/colaboraciones/488-mediacion-educativa-la-funcion-mediadora-del-preceptor> .
- Binder, A. (2007). *Los actores de la Justicia Latinoamericana*. España: Universidad de Salamanca.
- Brandoni, F. (2011). *Hacia Una Mediación de Calidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Bustamante, X. (2009). *El acta de mediación*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Cabanellas, G. (1945). *Compendio de Derecho Laboral Tomo II*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Calamandrei, P. (1926). *Demasiados Abogados*. Madrid: Horizonte.
- Carbajal, L. (2012). Interdisciplina y Multidisciplina. Por un lugar en el saber y hacer de la Mediación. *La Trama*, 3.
- Castenedo, A. (2013). *Mediación, globalización y cultura de paz en el siglo XXI*. Guayaquil: Centro de Publicaciones Universida Ecotec.
- CIDES. (2012). *Justicia de Paz*. Centro sobre Derecho y Sociedad recuperado el 15 de Marzo de 2012 de <http://www.cides.org.ec/index.php/proyectos/justicia-de-paz>
- Código de Procedimiento Civil. (2011). Ecuador.
- Código de Procedimiento civil Ecuatoriano. (1987). *CODIFICACION* . Quito, Pichincha, Ecuador: H. CONGRESO NACIONAL.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (9 de Marzo de 2009). Comisión Legislativa y de Fiscalización. *Registro Oficial Suplemento 544*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Consejo de la Judicatura. (2013). *Programa de Mediación, Justicia y Cultura de Paz - Informe 2013*. Ecuador: Consejo de La Judicatura.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (1999). Instructivo para el registro de Centros de Mediación. Quito, Pichincha, Ecuador recuperado el 12 de

- Septiembre de 2014 de Instructivo para la creación de Centros de Mediación.:[http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf\\_s/Instructivo\\_para\\_el\\_registro\\_de\\_centros\\_de\\_mediacion.pdf](http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf_s/Instructivo_para_el_registro_de_centros_de_mediacion.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449. Ecuador.
- Constitución Nacional Argentina 1. (1994). Argentina.
- Constitucion Política de la República del Ecuador. (1998). Registro Oficial No. 434. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR - EL PUEBLO DEL ECUADOR*. Obtenido de Constitución de la República.
- Cortez, O. (25 de septiembre de 2007). Reencuentro con los MASC en el Ecuador: Balance de los diez años de aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). *Ponencia en el marco de los diez años de la LAM*. Quito, Ecuador: ProJusticia. Obtenido de CIDES Centro Sobre Derecho y Sociedad.
- Corti, A. (15 de octubre de 2012). Ley Argentina de Mediacion Pre Judicial: Enseñanzas despúes de 16 años de funcionamiento. *EXPERIENCIA*, pág. 2.
- Davis, W. (1994). *Final Report 1st Interamerican Meeting on Alternative Dispute Resolution*. Buenos Aires: National Center for State Courts y Fundación Libra.
- Dioguardi, J. (2013). Litigar sin gastos. *Métodos Apropriados de Resolución de Conflictos*.
- Donoso Bustamante, A. C. (2011). Análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Ius Humani. Revista de Derecho*, 147-176.
- Dupis, J. C. (1997). *Mediacion y Conciliación. Mediación Patrimonial y Familiar. Conciliación Laboral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Dupuis, j. C. (s.f.). *Mediacion y Conciliacion* . Buenos Aires .
- Echanique Cueva, H. (2011). *La Mediación. Una alternativa a la solución de conflictos en Ecuador*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

- Elena I Highton, G. Á. (1998). *Mediación para resolver conflictos*. Argentina: AD-HOC.
- Espinoza Ramírez, J. (1994). *Medios Alternativos de Solución de Conflictos Legales*. CIDES.
- Falconí Puig, J. (1994). *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*. Corporación Editora Nacional.
- Ferrajoli. (1999). *Ciencias Jurídicas*. Obtenido de Ciencias Jurídicas: Recuperado el 23 de Marzo de 2014 [biblio.jaridicas.unam.mx](http://biblio.jaridicas.unam.mx)
- Fisher, R., & Ury, W. (2001). *Obtenga el Sí*. México: Mc Graw Hill.
- Flitz Cruz, C. (1991). *La Conciliación como una de las formas anormales de terminar el Proceso Civil*. Guatemala: Universidad Mariano Galvez de Guatemala.
- Friedman, L. ( 1969). *Cultura Legal y Desarrollo Social*. *4Law and Society Review*. recuperado el 23 de Enero de 2014 de <http://laculturajuridica.blogspot.com/2010/02/cultura-y-derecho.html>
- Giménez Carbo, J. (1994). *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*. Quito: Corporación Editora Nacional CIDES.
- Gonzaíni, O. A. (1995). *Formas lternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma.
- Highton, E. I., & Álvarez, G. S. (1996). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Junco Vargas, R. J. (1996). *La Conciliación*. Colombia: Jurídico Radar.
- Kohen, B. (2006). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad* . Buenos Aires : Biblos .
- Larreategui, C. (1982). *Contribución al Estudio del Arbitraje Privado*.
- Ley de Arbitraje y Mediación. (1997). Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de Registro para la creación de Centros de Mediación.
- Ley de Mediación y Conciliación Argentina. (2010). Buenos Aires, Argentina. recuperado de Ley de Mediación y Conciliación Argentina.
- Martí Mingarro, L. (29 de Enero de 2013). La Mediacion Civil y Mercantil en la nueva Ley 5/2012 de julio. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 1-16.

- Martínez Zampa, D. (2014). *La capacitación y entrenamiento del docente mediador*. recuperado el 12 de Abril de 2014 de Todo sobre Mediación: <http://www.todosobremediacion.com.ar/sitio/index.php/articulos/delequi-po/113-la-capacitacion-y-entrenamiento-del-docente-mediador>
- MEDIARE. (2014). *MEDIARE*. recuperado el 1 de Diciembre de 2014 de [www.ejustic.com](http://www.ejustic.com): <http://www.ejustic.com/mediare-sistema-de-gestion-odr-sgmarc/>.
- Ministerio de Educación de la Nación Argentina. (2009). *Educación de calidad para una nación más justa*, recuperado el 23 de Septiembre de 2014 de Ministerio de Educación de la Nación Argentina: <http://portal.educacion.gov.ar/elministerio/programas/>
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2010). *Transformación del Sistema de Justicia en Ecuador. Nuevo Modelo Organizacional de la Función Judicial*. Quito: AECID.
- Miranzo de Mateo, S. (2010). Quiénes somos, A dónde vamos...Origen y evolución de la mediación. *Revista de Mediación*, 8-15.
- Molineros, M. (Mayo de 2014). Encargada del área de Estadística del Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura. (V. Salas Sacoto, Entrevistador)
- Pásara, L. (2007). *Los actores de la Justicia Latinoamericana* . España : Ediciones Universidad de Salamanca .
- Peña Gonzales, C. (1997). *Resolución alternativa de conflictos*. Corporación Latinoamericana Para El Desarrollo.
- Pérez Valera, V. M. (2004). *Deontología jurídica. La ética en el ser y quehacer del abogado*. Mexico: OXFORD University Press.
- Plan Nacional del Buen Vivir* . (2013-2017).
- Programa Naciones Unidas para el Desarrollo. (2012). Estudio de la Mediación Pre Judicial Obligatoria. (N. Luzi, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Fundacion Libra.
- ProJusticia. (2010). *Censo Nacional a Centros de Mediación Ecuador*. Ecuador. recuperado el 10 de Diciembre de 2013 de

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/arbitraje/mediacion/2010/05/25/la-mediacion>

- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Espasa.
- Salazar. (1963). *Curso de derecho procesal del trabajo* (2da ed.). Bogotá: Temis.
- Sanchez, R. V. (1997). *La Transacción Solucion Alternativa de Conflictos*. Legis Editores S.A.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Todo el mundo mejor*. Ecuador: SENPLADES.
- Sidoti, M. (2004). Objetivos propuestos y los resultados alcanzados con la Ley de Mediación Obligatoria recuperado el 23 de Diciembre de 2014 de *Revista Jurídica*.  
<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=62857&print=1>
- Universidad Autónoma Metropolitana. (2006). Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina. En E. De la Garza Toledo. Iztapalapa, México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Ury, W. (1995). *Taller de práctica de Negociación*. Cambridge: Universidad de Harvard.
- Vargas Pavez, M. (Diciembre de 2008). Mediación Obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de derecho (Valdivia)*, XXI(2), 183-202. Recuperado el 12 de Enero de 2014, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000200008&script=sci\\_arttext#32](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000200008&script=sci_arttext#32)
- Veintimilla, J., & Andrade, S. (1994). *Los medios alternativos de manejo de conflictos y la justicia comunitaria*. Quito: CIDES.
- Vigó, A. (1999). *Ética general*. Santiago de Chile: DuocUC.
- Wray, A. (1994). *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*. Quito: Corporación Editora Nacional.