



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

La Mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos más eficiente a la luz de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 y la Ley de Arbitraje y Mediación; Propuesta de Reglamento de Mediación

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

Profesora Guía:
Dra. Mariana de Jesús Villavicencio Lara

AUTORA:
ERIKA ELIANA INTRIAGO GUERRA

Año
2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Dra. Mariana de Jesús Villavicencio Lara

Doctora en Jurisprudencia

C.I.: 170735547-3

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”.

Erika Eliana Intriago Guerra

C.I.: 172098541-3

AGRADECIMIENTOS

Hubo muchas personas que con su interés, cariño y apoyo colaboraron para que la culminación de mis estudios ocurra con gran éxito, pero sin duda alguna, la persona que se lleva toda la gloria y honra es mi Padre Celestial.

A mis amados padres por haberme cuidado y apoyado en toda mi carrera, especialmente a mi madre, la persona más importante de mi vida, quien ha permanecido junto a mí con su amor y ternura, así como a mis hermanos.

A mis maestros, y amigos, pues todos ellos han inculcado en mí el deseo de estudiar, superarme, seguir sus pasos y dejar huella en las personas y en el país como lo han hecho, mi Dr. Arturito Donoso, Dr. Jaimito Velasco, Dr. Andrés Martínez, y demás que no alcanzaría a mencionarlos en estas líneas.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación va dedicado al Dios Eterno, a mis padres, mis hermanos, mis sobrinos, a esa persona que tiene mi corazón, mi amor y mi vida y a todos quienes de una u otra forma han contribuido a ser la persona que soy ahora.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como finalidad principal, presentar un proyecto de reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, para que el Estado ecuatoriano pueda contar con la aplicación de lo estipulado en la norma sustantiva.

La libertad que tienen actualmente los Centros de Arbitraje y Mediación para que realicen un reglamento interno, atenta contra las garantías constitucionales y legales, como la de ser tratados iguales ante la ley. Lo importante de que los ciudadanos puedan acceder a la administración de justicia ordinaria o extraordinaria, es que si su proceso está siendo sustanciado por uno u otro Juez, o en este caso bajo el patrocinio de un Centro de Arbitraje y Mediación u otro Centro, el resultado se verá reflejado a la luz de la Constitución, las leyes y los reglamentos procedimentales.

La actual sobrecarga judicial hace imposible para la jurisdicción ordinaria, atender adecuadamente a las demandas, desamparando así a los ciudadanos y a sus derechos a los cuales se creen asistidos y han sido vulnerados.

El origen de los procesos judiciales está dado por los conflictos en la sociedad, motivo por el cual investigamos las posibles causales de los conflictos, históricos y bélicos inclusive, para entender de mejor forma y el verdadero significado de conflicto.

La mediación, es un método alternativo de solución de conflictos de carácter autocompositivo, ha sido implementada en varias leyes nacionales como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, entre otras, obteniendo excelentes resultados con su aplicación, tanto en eficacia, eficiencia, economía, celeridad, entre otros principios del debido proceso.

Así mismo, la mediación tiene buena acogida por varias legislaciones, como la colombiana, argentina y española, según ha quedado demostrado en la investigación realizada.

El reglamento propuesto, permite una mayor agilidad en los procesos de mediación, además, tipifica requisitos sustanciales de las personas que tienen que desempeñar los perfiles de mediadores, árbitros, peritos, las partes procesales, formas de llevarse a cabo los procesos, costos, etc.

ABSTRACT

The present qualifications work has like principal purpose, to present a regulation project to the Law of Arbitration and Mediation, so that the Ecuadorian State could be provided with the application of the stipulated in the substantive norm.

The freedom that they have in the present the Centers of Arbitration and Mediation so that they realize an internal regulation, attempts against the constitutional and legal rights, like that to entity be treated equal the law, since the important thing of that the citizens could gain access to the ordinary or extraordinary administration of justice, because if the process is substantiated for one or another Judge, or in this case under the patronage of a Center of Arbitration and Mediation or another Center, the result will turn out to be reflected in view of the Constitution, the laws and the procedural regulations.

The current judicial surcharge makes impossibility for the ordinary jurisdiction, to attend appropriately on the demands, abandoning this way the citizens and his rights to which they are considered assisted and have been damaged.

The origin of the judicial processes is given by the conflicts in the society, I motivate for which we investigate the possible grounds of the conflicts, historical and warlike inclusive, to know about better form and the real meaning of conflict.

The intervention, is an alternative method to resolve conflicts of an auto-constituent nature mediation, it has been implemented in several national laws like the Organic Law of Defense of the Consumer, Organic Law of the Counselor of the People, between others, obtaining excellent results with his application, so much in efficacy, efficiency, economy, speed, between other beginning of the due process.

Likewise, the mediation takes good reception as several legislation, as the Colombian, Argentinian and Spaniard, as he has remained demonstrated in the realized investigation.

The proposed regulation, it allows a major agility in the mediation processes, also, it typifies substantial requisites of the persons who have to redeem the profiles of mediators, umpires, experts, the procedural parts, ways of the processes, costs being carried out, etc.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
1 BASES CONCEPTUALES Y LEGALES DE LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LOS CONFLICTOS.....	5
1.1 El Conflicto	5
1.1.1 Antecedentes sobre el conflicto	5
1.1.2 Intervinientes en el conflicto.....	8
1.2 Formas tradicionales de solución de los conflictos.....	10
1.2.1 Conciliación o transacción	11
1.2.2 Desistimiento	14
1.2.3 Abandono	14
1.2.4 Allanamiento	15
1.2.5 Sentencia.....	16
1.3 El arbitraje	18
CAPÍTULO II.....	23
2 LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	23
2.1 La mediación	23
2.1.1 Definición de la mediación	24
2.1.2 Evolución histórica de la mediación	27
2.2 La mediación en la Constitución de 1998 y en la Constitución de 2008	30
2.3 La mediación en la Ley de Arbitraje y Mediación	34
2.4 La mediación en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo	36
2.5 La mediación en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	38
2.6 La mediación en los Instrumentos Internacionales.....	40
CAPÍTULO III.....	43
3 EXPERIENCIAS DE CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN ARGENTINA, COLOMBIA Y ESPAÑA	43

3.1	Experiencia Argentina	45
3.2	Experiencia Colombiana.....	52
3.3	Experiencia Española.....	58
CAPÍTULO IV		65
4	PROPUESTA DE REGLAMENTO A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	65
4.1	Inexistencia de reglamentación en el Ecuador	65
4.2	Trascendencia de la Ley y su Reglamento.....	68
4.3	La función Ejecutiva como responsable obligado de reglamentar la mediación	72
4.4	Propuesta y modelo de reglamento de la ley de Arbitraje y Mediación	75
4.4.1	Proyecto de reglamento a la ley de Arbitraje y Mediación	76
Conclusiones		105
Recomendaciones		108
Bibliografía		113

INTRODUCCIÓN

No hay duda que el sistema judicial y la administración de justicia, ha constituido y constituye una rémora para el desarrollo armónico y civilizado de la sociedad por varios motivos; por ello hay un verdadero dilema sobre el tema de acceso a la justicia, y este se presenta cuando se cuestiona si los derechos de la población son verdaderamente respetados y garantizados; por lo tanto se torna necesario no solo el acceso a la justicia sino que el mismo sea efectivo.

Por otro lado, los métodos alternativos de solución de conflictos no solo responden a una necesidad de descongestión de la administración de justicia, sino también a su transparencia y amplitud del sistema para brindar mayor cobertura que contribuya a un camino eficaz.

Otro aspecto a considerar, es que la justicia tradicional formal, no ha respondido a la expectativa generalizada de brindar un buen servicio como obligación primordial del Estado de interés general en proteger a los ciudadanos; pues es un derecho humano primario el de contar con un sistema legal que garantice los derechos individuales y colectivos. A esto se suma la crisis social y económica de la ciudadanía, la desconfianza en el sistema de administración de justicia por los brotes de corruptela, la lentitud en el despacho y trámite de las causas, acumulación de procesos que tornan tortuosa y cansina la actuación de las partes; amén de que tienen un alto costo en dinero, tiempo que se invierte en la tramitación, carga emocional, etc.

Por lo expuesto y con el propósito de fortalecer a la función judicial y su afán de resolver disputas sobre derechos reclamados por ciudadanos, evitando problemas derivados de la acumulación de procesos en la mayoría de países, especialmente Latinoamericanos, es que se han empezado a desarrollar mecanismos voluntarios y espontáneos para resolver disputas, y justamente son los denominados medios alternativos de solución de conflictos tales como la mediación, la conciliación, el arbitraje, entre otros.

En el caso ecuatoriano, la función judicial, enfrenta en su trabajo diario, el incremento de causas sometidas a su resolución, debido al crecimiento demográfico y a la proliferación de apuros de la compleja vida social, los mismos que han multiplicado la demanda de servicios judiciales, rebasando su limitada capacidad para resolver los requerimientos de sus congéneres.

Ante el surgimiento de los conflictos generados en el día a día, que son de diferente índole, buscamos que los involucrados procuren solucionarlos de la mejor forma, por medio de instrumentos pacíficos y que preserven las buenas relaciones inter – personales, para evitar las maneras tradicionales de resolver los conflictos, como por ejemplo, acudiendo a la vía judicial ordinaria, por la fuerza (violencia), y otros que realmente no buscan acuerdos y tampoco ponen fin a la confrontación. Esto, solo trae consigo que una gran cantidad de abogados engañen a sus clientes con procesos judiciales interminables.

Hay que destacar que el procedimiento de la mediación ofrece varias ventajas que permiten vislumbrar con claridad los intereses contrapuestos en una disputa, encontrar opciones de arreglo con la ayuda asistida de un tercero imparcial que es el mediador, el mismo que permite una fluidez en la comunicación entre las partes, quienes participan activa y colaborativamente haciendo propuestas y discutiendo fórmulas de solución con la conducción del mediador, realizando planteamientos claros y concretos cuyos resultados se convierten en vinculantes y por ende, obligatorios para las partes, asumiendo compromisos consensuados y voluntarios, para cumplirlos según el acuerdo alcanzado.

De lo expresado y por la poca transparencia y eficacia de la justicia tradicional, en los últimos años, se han extendido los métodos alternativos para la solución de conflictos, por su rapidez, eficacia, ahorro de tiempo, de dinero, y pues son procedimientos que han venido a llenar un gran vacío en la práctica legal de nuestro país, ahogada en la tradición, enredada en una maraña de redes y creencias que responden, sin duda alguna, a etapas caducas ya superadas por

el avance de la ciencia, pero que mantienen resistencia a ser desterradas de la práctica.

También hay que señalar, que en nuestro país, entre los años de 1994 y 1995, se elaboró un plan de reformas, y se conformó un grupo de trabajo dependiente de la Función Judicial, el mismo que preparó un documento que contiene la reforma de administración de justicia en el país auspiciada por el Banco Mundial; documento en el que constan también los modelos de resolución alternativa de solución de conflictos, entre los que se cuentan los Centros de Mediación adscritos a la Función Judicial, Mediación Comunitaria y la Defensoría del Pueblo que dentro de su esquema orgánico funcional, creó la Dirección Nacional de Mediación, Conciliación en Familia para proteger a la mujer y a la familia lo que dio lugar a la creación de las Comisarías de la Mujer y la Familia. No podemos olvidar que las comisarías pasan a ser llamadas Direcciones Nacionales o Provinciales, dejando de lado su antiguo nombre.

Constituyendo el punto de partida para que en algunas instituciones públicas y privadas se empiecen a capacitar y abrir centros en los que se aplican los métodos alternativos de resolución de conflictos, como la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Cámaras de Comercio, Cámaras de Construcción, entre otros.

Por lo expuesto, es que la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, presupone el descubrir un horizonte nuevo que pretende transformar a través del consenso, de una cultura confrontacional y de litigio a una cultura de diálogo, entendimiento y paz, sobre la base fundamental del acatamiento de los más altos valores inherentes al ciudadano que como ente social es dueño absoluto de la libertad, de sus derechos, y que exige observancia irrestricta del respeto a los derechos humanos.

De ahí que se abren nuevas esperanzas y expectativas para desarrollar métodos alternativos de solución de disputas, como la mediación, convencidos

y expresando con la sinceridad, que la mayoría de conflictos o controversias se solucionarán con gran rapidez y efectividad; a la vez que su práctica, será difundida y aceptada sin mayor esfuerzo y sin tropiezos por la colectividad debido a las múltiples ventajas que este sistema ofrece.

Con estos antecedentes, el tema central de mi investigación, será la propuesta de un Reglamento a los Centros de Arbitraje y Mediación, y con ello, espero contribuir a la legislación ecuatoriana, en vista de que en la actualidad, no existe dicha reglamentación, la cual, dadas las circunstancias, se torna en urgente.

CAPÍTULO I

1 BASES CONCEPTUALES Y LEGALES DE LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LOS CONFLICTOS

1.1 El Conflicto

1.1.1 Antecedentes sobre el conflicto

Los seres vivos tenemos varios grupos con el que socializamos para poder subsistir o sobrevivir, el ser humano es un ente racional, capaz de reaccionar frente a cualquier situación, estas cambian gracias a la inteligencia privilegiada y a las normas de conducta.

La influencia del entorno, marca radicalmente en la actuación, formación y adaptación del ser humano, es por ello que el diario vivir, obliga a que las personas nos inter-relacionemos con los demás seres humanos; esto implica necesariamente la convivencia y por ende compartir parte de la vida con personas diferentes a las que generalmente estamos acostumbrados a tratar (que obviamente no son parte de nuestra familia íntima o el entorno cercano dentro del cual hemos crecido), ya que cada persona ha experimentado varios acontecimientos a lo largo de su vida, y este tipo de reacciones adversas pudieron ser adecuadas para el aprendizaje o tomadas como aspectos negativos que no desean volver a repetirse.

Por ejemplo, en las instituciones educativas o en los lugares de trabajo, diariamente compartimos alrededor de seis a ocho horas diarias con las personas que nos rodean; esta realidad es significativa, ya que un sexto o un octavo de nuestro día permanecemos con personas extrañas a nosotros, o a nuestro entorno habitual.

Conviene resaltar brevemente, algunos hechos sangrientos y lamentables que han provocado la muerte de millones de seres humanos porque no han sido capaces de subsanar sus desacuerdos por métodos pacíficos, sino a través de actuaciones bélicas, donde efectivamente no hay triunfadores, sino diferentes grados de derrotas por las cantidades de vidas humanas que los bandos involucrados pierden en combate, y a cuyo aparente vencedor no le queda sino la triste realidad de un triunfo pírrico. Como ejemplo clave tenemos las dos guerras mundiales producidas en la primera mitad del siglo XX, que en su conjunto sacrificaron aproximadamente a sesenta millones de personas.

Según los estudiosos, el hecho generador de los conflictos guerristas son puramente determinados como ambición de conquista de territorio, geopolítico y en su gran mayoría económicos. No podemos dejar de lado los intereses limítrofes como los casos de Ecuador y Perú, Chile y Argentina por el canal de Beagle, etcétera.

De lo expuesto, se han creado organismos internacionales y mundiales con el objetivo de prevenir conflagraciones bélicas, y así buscar por todos los medios posibles la paz de las naciones y por ende mundial, tales como la ONU, OEA, OTAN, etc..

Por las mismas razones expuestas anteriormente, es que debemos mantener una relación basada en el respeto y cordialidad con nuestros semejantes. Pero, todos los individuos venimos de diferentes entornos sociales, pues en cada núcleo familiar no se aplican las mismas normas de conducta, sean estas morales, sociales e incluso culturales; es por tal razón, que se producen los conflictos, pues existen diferentes puntos de vista o intereses contrapuestos que hacen que los conflictos terminen en confrontaciones verbales, en acciones realizadas por el rival para dañar, molestar, perjudicar e incluso eliminar a la parte rival.

El conflicto no solo está comprendido por la falta de aceptación total en un asunto determinado, sino que puede originarse por varios factores o circunstancias inherentes o no a la persona.

El hombre, es el ser más racional que existe sobre la Tierra, por lo tanto, sus deseos más naturales son los de competir frente a sus iguales con el único fin de obtener la victoria, y así sentirse superior ante sus semejantes. Otro aspecto del cual surge un conflicto es por la colaboración, al existir un grupo que trabaja para un fin común se requiere de la colaboración y cooperación de todos sus miembros, pero los seres humanos no tenemos las mismas destrezas ni facultades entre sí, y por ello, casi siempre va a existir conflicto en los grupos de trabajo.

La agresividad es una característica fundamental de la existencia; es incluso una forma de relacionarnos socialmente y desarrollarnos individualmente en un sistema denominado sociedad.

Según estudios Psicológicos, se aduce que pueden existir motivos psicológicos y biológicos para que una persona sea violenta o tenga facilidad para ser agresiva con las personas que le rodean.

Ahora bien, el conflicto también está dado por el principio básico de supervivencia. Esta idea puede ser tomada como ilógica, pero analizando a la sociedad, nos damos cuenta que a pesar de que estemos en el siglo XXI, atravesando la era del Conocimiento, sentimos la necesidad de mostrar a los demás que somos superiores, ya sea en estatus socio-económico, en poder e incluso en belleza física. La convivencia nos induce a racionalizar nuestras reacciones, tolerar afectación e intereses de toda la sociedad.

Los conflictos generalmente terminan con las relaciones interpersonales, pues lo más seguro es que cada sujeto va a tratar de convencer a su oponente de su razón, y por más que se encuentre de acuerdo en algún punto contrario no lo va a admitir.

Cuando las partes intentan solucionar los conflictos por sí mismos, es muy difícil que se encuentre un resultado que agrade a las partes, puesto que cada una va a defender sus intereses y su posición, lo cual no permite buscar una real solución al conflicto.

Pero la evolución de la sociedad, también ha llevado a dar mayor importancia a los valores y derechos de los seres humanos, de tal modo que la búsqueda de los conflictos es como la otra cara de la moneda del conflicto y se busca alternativas de solución con fines pacíficos, pero sobre todo justos.

Las divergencias no son malas ni significa que hay que erradicarlas, sino que hay que manejarlas de una manera adecuada para preservar la relación que existe entre las personas, así como la relación estudiantil, laboral e incluso sentimental.

A lo largo de la vida e historia del mundo, se han podido determinar varios conflictos, como lo son laborales, mundiales, judiciales, económicos, incluso Hans Kelsen en su libro *La paz por medio del Derecho* hace una clara distinción entre conflictos jurídicos y políticos.

1.1.2 Intervenientes en el conflicto

En un conflicto pueden intervenir dos o más partes, y cada parte puede estar constituida por una o varias personas.

Las personas parte del conflicto pueden ser personas naturales o jurídicas; y como quedó indicado en líneas anteriores, los conflictos ocurren en varios aspectos de la vida diaria.

En la generalidad de conflictos hay dos partes, y casi siempre existe una que tiene un grado superior de poder frente a su contraparte, por ejemplo cuando el subalterno no está de acuerdo con lo establecido por su jefe, cuando el alumno

no está de acuerdo con el profesor e incluso cuando el hijo no está de acuerdo con su padre.

En el área del Derecho debemos tomar en cuenta que la mayoría de litigios se da porque el arrendador disensa con su arrendatario; el mandante con su mandatario, el vendedor con el comprador, el trabajador con su empleador, y en cada una de las relaciones jurídicas contractuales se pueden llegar a generar controversias, es por ello que la forma de resolución tradicional es que una de las partes presente una acción ante la justicia ordinaria.

Ante esta realidad, la ley ha buscado siempre amparar la parte más débil de las relaciones jurídicas, de tal forma que se han establecido principios generales del Derecho como el *INDUBIO PRO OPERARIUM* y en la Carta Magna se establecen garantías constitucionales para evitar cualquier tipo de atropello en contra de las partes débiles como es el comprador, el arrendatario, el trabajador, el mandante, etcétera.

La doctrina establece también el temor reverencial, es decir que las personas que se encuentran en una relación jurídica se abstienen de expresar su opinión o desacuerdo con el objetivo de evitar una controversia y que la parte que tenga y ejerza el poder no tome represalias contra sí. Por ejemplo, el trabajador no presenta una acción contra su empleador por miedo a que lo despida.

En los siguientes capítulos indicaremos como las personas, haciendo uso del método alternativo de solución de conflicto como es la mediación, pueden llegar a equiparar estos problemas de poder que lastimosamente son los que hacen que las personas se queden calladas ante las injusticias y que no ejerzan sus derechos constitucionales y legales que los amparan.

1.2 Formas tradicionales de solución de los conflictos

Tomando en cuenta que el conflicto se da en todo tipo de aspectos diarios, buscamos conflictos que son objeto de crítica y que al ser indispensables dentro de los procesos, no se los puede dejar de lado, tal es el caso de los conflictos en los derechos fundamentales, este claro ejemplo indica que la posición conflictivista permita que ocurra “el desplazamiento de un derecho a favor del otro”¹ a causa de la jerarquización y ponderación. (Castillo, 2007, p. 331)

En este aspecto, se debe hacer hincapié que en la toma de decisiones de las personas, en cualquier ámbito de la vida, siempre se utilizará la jerarquización y la ponderación de los derechos y para obtener los mejores resultados para la comunidad en sí; así por ejemplo la máxima autoridad del Estado, para cumplir con las garantía constitucionales y proteger el *SUMAK KAWSAY* (buen vivir), analiza todas las posibilidades, para que en base a la ponderación se intente afectar a uno menor o que afecte a un pequeño segmento de la población, frente a otro que por el carácter del tema sea superior y proteja a una mayor parte de la población. Es por tal razón que el autor del libro menciona que al utilizar estos principios tradicionales, siempre darán como resultado soluciones inconstitucionales e injustas.

Como lo mencionamos anteriormente, los conflictos tradicionalmente han sido puestos en consideración de un Juez para que administre justicia en mérito de las pruebas, la sana crítica y sobre todo al amparo de la ley, la doctrina, jurisprudencia, los principios generales del Derecho, y en los casos que se amerite, la costumbre, pero lastimosamente por factores como: la sobrecarga procesal, litigiosidad y la falta de constante capacitación de los servidores judiciales públicos, las acciones planteadas no permiten que la justicia cumpla con sus características principales como son la rapidez, la eficiencia, la eficacia y en sí como dice la filosofía popular “Justicia que tarda no es justicia”.

¹ Castillo, L. (2007): Los derechos constitucionales Elementos para una teoría general. Lima: Palestra Editores; pp. 331.

Cuando las personas acuden a la justicia ordinaria hay varios momentos judiciales en los que se intentan que las partes lleguen a una transacción para el proceso litigioso tales como la conciliación, transacción, etcétera, y sin embargo en la mayoría de las veces, las partes siguen con el proceso hasta que este culmine, ya sea por sentencia, abandono, desistimiento o allanamiento.

1.2.1 Conciliación o transacción

La transacción es:

(...) un contrato por el cual las partes convienen en resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, antes o después de iniciado el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo. En lo laboral se llama conciliación y no puede recaer sobre derechos ciertos y causados; pero si hay proceso ordinario, el derecho ya no es cierto.²
(Echandia, 2004, pp.518 y ss)

Para la realización de la transacción o de la conciliación, obviamente quien está facultado para realizar este tipo de acuerdo de voluntades, son las personas sobre las cuales recae el derecho, a menos que las personas interesadas entreguen un poder especial para transigir facultándoles a sus mandatarios o apoderados extrajudiciales para la realización de este tipo de contratos; en el caso de menores incapaces, los curadores *ad litem* necesitan autorización del Juez sustanciador de la causa si es que la conciliación ocurre dentro de un proceso. Para el caso de entidades públicas los representantes legales necesariamente necesitan autorización especial para transigir.

Debemos tomar en cuenta, que para poder transigir deben ser sobre materias susceptibles de transacción o conciliación, ya que lógicamente sería imposible

² Echeandía, D. (2004). Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Universidad S.R.L. pp.518 y ss..

llegar a acuerdos sobre derechos irrenunciables o enajenables, o que la propia ley por la naturaleza de la materia no admita acuerdo alguno.

Siendo que es aceptado que los derechos renunciables son aquellos que son transigibles, entonces, la materia no transigible es aquella que versa sobre los derechos de las personas que han sido adquiridos y que no se pueden renunciar.

Los derechos de las personas, se encuentran garantizados tanto en las legislaciones internas como en tratados internacionales, pero hay derechos sobre los cuales es posible realizar una transacción, siendo que, por la misma razón, debe cumplir con las normas dispuestas para la validez de los actos y declaraciones de voluntad, además de respetar las normas específicas, establecidas en el Título XXXVIII, De la Transacción, del Código Civil, todos los derechos son renunciables, menos aquellos a los que la ley, los señala como irrenunciables, como es el estado civil de las personas, o los derechos del trabajador.

“La transacción o conciliación produce el efecto de una sentencia ejecutoriada, con valor de cosa juzgada”.³ (Echandia, 2004, pp.518 y ss)

Con esta afirmación, tenemos en claro que si la transacción se dio previo a la acción judicial se la puede oponer como una excepción perentoria, de tal modo que cuando el Juez conozca de este contrato previo, de por terminado el proceso emitiendo un auto con fuerza de sentencia para que se cumpla lo que está establecido en el acuerdo, dejando en claro que frente a ello él no es competente para conocer actuaciones posteriores al acuerdo.

Se debe tomar en cuenta que como en todo contrato se puede pedir la rescisión o la nulidad del mismo por incumplimiento de las partes o por cualquier otra causal estipulada en el Código Civil.

³ Ob. Cit., pp. 518 y ss..

“En el proceso penal sólo cabe la transacción respecto a la indemnización de perjuicios. Sobre la acción y la pretensión penales no puede operar”.⁴
(Echandia, 2004, pp.518 y ss)

Para muchos tratadistas, así como para la visión de la legislación ecuatoriana, la doctrina basada en Davis Echandía no es la única; por lo que para la mejor comprensión del lector, se expone un cuadro comparativo entre la conciliación y la transacción.

Tabla 1.1 Cuadro Comparativo entre la Conciliación y la Transacción

CONCILIACIÓN	TRANSACCIÓN
<ul style="list-style-type: none"> - Es fruto del Derecho Procesal. - En los procesos civiles tenemos la Audiencia de Conciliación, dentro de la cual se puede transar. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es un contrato previsto en el Cuarto Libro del Código Civil. - No existe una Audiencia de Transacción, pero por el principio de preclusión, terminada la audiencia de conciliación, inclusive un día antes de la emisión de la sentencia, las partes pueden transar.

Fuente: Autora

Como ya lo mencionamos en líneas anteriores, las dos figuras jurídicas tienen resultado de sentencia ejecutoriada, y para que causen el efecto de cosa juzgada deben ser aprobadas por el Juez que lleva la causa.

A su vez, tratándose de la mediación, el acta de acuerdo como resultado de la audiencia mediadora, también equivale a sentencia ejecutoriada, pasado en autoridad de cosa juzgada, con la que se puede acudir a un Juez Civil cualquiera para que la ejecute, en el evento de incumplimiento en los acuerdos alcanzados por las partes.

⁴ Ob. Cit., pp. 518 y ss..

1.2.2 Desistimiento

La definición de desistimiento dada por Davis Echandía es que “El desistimiento es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual se eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal”.⁵ (Echandia, 2004, p. 520)

“El desistimiento de la demanda vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto”.⁶ (VÉASE: Código Civil, 2011)

Entonces el desistimiento en sí es un acto unilateral, mediante el cual el actor, decide terminar el proceso a través del desistimiento, que significa retractarse o arrepentirse de la acción procesal que interpuso.

Se debe tomar en cuenta que existe el desistimiento total, es decir en todo el contenido de la demanda y que pone fin al litigio; y existe el desistimiento parcial, es decir en parte del contenido de la demanda, en cuyo caso el proceso continúa por las partes de las cuales no se ha desistido. Pero el verdadero sentido de esta figura jurídica es el de que se desista de forma total e incondicional a la demanda.

El desistimiento de la demanda otorga los mismos efectos que el de una sentencia (a pesar de que el resultado es que no existen efectos jurídicos para ninguna de las partes), esto quiere decir que el desistimiento produce el efecto de cosa juzgada. Cabe decir que según las normas procesales, la parte que desiste, está obligada a la condena en costas.

1.2.3 Abandono

El abandono es la pasividad que tiene la parte interesada en el proceso, el mismo que ha dejado su facultad dispositiva en el proceso, demostrando

⁵ Ob. Cit., pp. 520.

⁶ Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No. 46 De 24 de junio. (2005)

tácitamente la separación de la parte con el proceso. El abandono, tiene por objeto dejar de continuar el proceso porque existe un lapso o período de tiempo en el que no se ha continuado la acción procesal.

“La separación tácita de un recurso o instancia se verifica por el abandono de hecho, durante el tiempo señalado en esta Sección”.⁷ (VÉASE: Código Civil, 2011)

El tiempo establecido en la legislación ecuatoriana, es de dieciocho meses, período en el cual se declara el abandono.

“Se pueden abandonar cosas, derechos y hasta deberes, pero no todos los deberes y no en todos los casos, sino solo en los que determine la ley”.⁸ (OMEBA, 2009, p. 21)

El abandono de la acción es la facultad de las partes de dejar el proceso, sin que se dicte la decisión sobre las pretensiones planteadas.

Según varios estudiosos del Derecho, en la práctica jurídica, al abandono se lo conoce como la renuncia de derechos procesales, y la renuncia puede contemplarse antes de usar el derecho pero dentro del proceso, a diferencia del desistimiento que se lo realiza después, haciendo que este último goce de admisibilidad.

1.2.4 Allanamiento

“El demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, en cualquier estado del juicio, antes de sentencia”.⁹ (VÉASE: Código Civil, 2011)

⁷ Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No. 46 De 24 de junio. (2005)

⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA (2006). México. ISBN, pp. 21.

⁹ Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No. 46 De 24 de junio. (2005)

El allanamiento es la aceptación del demandado de las pretensiones expuestas por el actor, por ejemplo en un juicio ejecutivo en el que esté en autos para resolver, el demandado puede enviar un oficio en el que reconozca la obligación.

En caso de ser varios los demandados, y uno de ellos se allane a la demanda, no afectará a las demás personas parte; sino que el proceso sigue para aquellos que no se allanaron.

El allanamiento será aprobado por el Juez o la Jueza en sentencia, misma que causará ejecutoria.

1.2.5 Sentencia

La sentencia es el modo normal de extinguir el proceso, mismo que se encuentra emitido por el poder Judicial del Estado, aplicando la ley y declarando la realización de los actos y pasos procesales, para resolver sobre los asuntos principales de la demanda, y así amparar al titular o a los titulares del derecho y emitir la decisión (sentencia) dentro de las garantías procesales que deben respetarse, conforme a la luz de la Constitución y las leyes.

“Sentencia es la decisión de la juez o del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”.¹⁰ (VÉASE: Código de Procedimiento Civil, 2011)

Las partes al asistir a un proceso, esperan obtener una sentencia adecuada a la administración de justicia, la misma que contenga el reconocimiento de su derecho, para ello el Juez competente revisará las pruebas (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes; además, y tal como lo establece el Código de Procedimiento Civil en su artículo 121, en concordancia con los artículos 1715 inciso segundo del Código Civil, 164, 165, 166, 167, 168 y 551

¹⁰ Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No. 46 De 24 de junio. (2005)

del Código de Comercio, 596 del Código de Trabajo, 128 y 206 del Código Tributario, 18 de la Ley de Modernización del Estado y 275 de la Ley de Propiedad Intelectual; también se tomará en cuenta como pruebas a las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, documentos obtenidos por medios técnicos) y en ciertos casos que la ley faculte a tener audiencia de estrados, el Juez escuchará a las partes sus versiones.

Frente a ello, el Juez basará su decisión en la Constitución y la ley, en la doctrina, jurisprudencia y principios generales del Derecho, (se basarán las decisiones en la costumbre, solamente en aquellos casos que la ley prevea a tal fuente del Derecho como supletoria de la ley, así como está establecido en el artículo 6 del Código de Comercio y en el artículo 2 del Código Civil).

La sentencia es el modo clásico de terminar un proceso, en el que después de cumplir con cada etapa procesal (presentación de la demanda, calificación de la demanda, citación y notificación, reconvenición, etapa probatoria, audiencias, sentencia; en lo penal, hablamos de instrucción fiscal, etapa intermedia, juicio -sentencia e impugnación) se da una decisión que es la sentencia y que se encuentra dividida en tres partes importantes:

- La parte expositiva o encabezamiento, es donde se detalla el lugar, la fecha, la hora exacta de la emisión de la sentencia, los autos mediante los cuales se ha dado paso a las etapas procesales, los nombres de las partes, de sus abogados, las peticiones y excepciones, es decir los aspectos importantes en los que se fundamentará la sentencia.
- La parte considerativa, es aquella donde se expresan los fundamentos de hecho y de derecho, los argumentos de las partes, mismos que son utilizados por el Juez o Tribunal para resolver la causa, tomando en cuenta las normas aplicables para sustentar su decisión.

- La parte resolutoria, es la parte más importante de la sentencia, pues en ella contiene la decisión tomada por el órgano de justicia, siendo esta absolutoria o condenatoria.

La sentencia da firmeza al proceso cuando contra ella no cabe ningún tipo de recurso, ya sea por que estos se han agotado o porque la ley no prevee para el caso determinado. También tiene la característica especial de cosa juzgada siempre y cuando ya no sea posible revisar la decisión contenida en la misma (o en algunos actos procesales, como la transacción que vimos en líneas anteriores) ni siquiera para ratificarse en lo ya establecido; Davis Echandía define a la cosa juzgada:

(...) como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen a aquélla, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto.¹¹ (Echandía, 2004, pp. 454)

La parte que no se encuentre conforme con la sentencia, puede recurrir a los recursos horizontales o verticales (fase de impugnación procesal). Los primeros constituyen la aclaración y ampliación. Estos, se los debe interponer a partir de los tres días de que la sentencia fue notificada. Los recursos verticales son: apelación, de hecho, casación e incluso el recurso extraordinario de protección. En materia penal, existen otros recursos, tales como el de nulidad y revisión, los mismos que se deben aplicar en casos concretos.

1.3 El arbitraje

El arbitraje es también un método alternativo de solución de conflictos, de género heterocompositivo que tiene como particularidad especial el de subyugar un conflicto a un tercero imparcial (denominado árbitro), o a un tribunal arbitral para que solucionen la controversia; siempre y cuando la

¹¹ Ob. Cit., pp. 454.

materia del conflicto sea admisible para convenir y haya existido un acuerdo previo entre las partes para someterlo a arbitraje.

Además, el arbitraje se encuentra tutelado en la Carta Magna del Ecuador en el artículo 190 inciso primero, mismo que establece: “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”.¹² (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

Pueden acudir al arbitraje todas las personas que sean capaces para transigir y que hayan celebrado un convenio arbitral dentro de una relación jurídica determinada.

En el caso de personas jurídicas, cada representante legal debe estar debidamente autorizado, y en el caso de las instituciones del Estado, debe estar debidamente motivado por el Procurador General del Estado; en el convenio arbitral debe incluirse la forma de designar los árbitros que van a conocer la causa, y obviamente la renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria; estos son requisitos indispensables, que en caso de que faltare alguno se entiende como nula la cláusula arbitral y necesariamente se deben solucionar los posibles conflictos vía ordinaria.

El artículo 5 inciso tercero de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006 establece que a pesar de que exista nulidad de contrato, no habrá nulidad de la cláusula arbitral.

Como requisito previo, las partes deben acordar mediante un convenio arbitral el sometimiento al arbitraje. El convenio arbitral es un acuerdo escrito, firmado por las partes, en el que deciden someter a arbitraje todas las controversias

¹² Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

que surjan a partir de una determinada relación jurídica, sea esta contractual o no.

Así mismo, se establece el sometimiento a un Centro de Arbitraje (ya que en el Ecuador no cabe la posibilidad de que existan mediadores o árbitros independientes, sino que estos deben ser afiliados a un centro especializado para dicha actividad), renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria y sometimiento a la Ley de Arbitraje y Mediación, e incluso es posible determinar la ejecución de medidas cautelares.

Tomando en cuenta lo que establece la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en su artículo primero:

El sistema arbitral es 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.¹³ (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

“El arbitraje es el método heterocompositivo de resolución de conflictos por excelencia, y que por tal razón cuenta con una dilatada tradición histórica, siendo objeto de una amplia atención legislativa y doctrinal”.¹⁴ (Ormazabal, 2010, pp. 205-206)

En el libro de Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, dieciochoava edición de los autores Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar (2010, pp. 885 y ss.), trata también sobre varias alternativas que existen para poder solucionar los conflictos, mencionando en

¹³ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

¹⁴ Ormazabal, G. (2010): Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 205 – 206.

primer lugar a los métodos autocompositivos como la mediación, la conciliación y al modo no judicial heterocompositivo como lo es el arbitraje.

Este manual define al arbitraje como:

(...) un instrumento a través del cual una o varias personas imparciales, son nombradas, ya por las partes o ya por un tercero (los restantes árbitros, una institución arbitral, o por el juez) para el ejercicio de la función heterocompositiva de imponer la solución al conflicto suscitado, debido al sometimiento que las partes efectúan por medio del convenio arbitral y con exclusión de la jurisdicción. Su origen se remonta a etapa anterior a la propia existencia de los tribunales y del proceso judicial, y entre sus bondades está la mayor rapidez, flexibilidad y menor formalismo.¹⁵ (Montero, et al., 2010, pp. 885 y ss)

En varios momentos y compilaciones del Derecho Romano podemos notar la influencia del arbitraje, en mayor o menor grado, por ejemplo en el Breviario de Alarico, en las Partidas de Alfonso X El Sabio; y de fecha más reciente, en el siglo XIX, es la especificada en la Constitución Española de 1812, entre otros cuerpos normativos; si bien es cierto este método alternativo de solución de conflictos ha estado presente en una larga trayectoria histórica de las legislaciones, no se la había tomado como una práctica habitual y por tanto se la había incorporado en las legislaciones como un recurso al cual pueden acudir las partes como medio opcional a la jurisdicción ordinaria.

En el arbitraje, existe también una etapa de mediación, en la que ambas partes deben concurrir, para que mediante la conversación dentro de las diferentes etapas del proceso, se llega a un acuerdo, mismo que en el mejor de los casos será total o parcial y el otro aspecto negativo, mismo que indicaría que no hay ningún tipo de acuerdo; existe también la posibilidad de que las partes no concurren, o que solo concorra la una, declarándose a la otra parte en rebeldía

¹⁵Montero, J., Gómez, J., Montón, A., Barona, S. (2010): Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil. Valencia: Guada Impresores, S.L. pp. 885 y ss..

e imposibilitando cualquier tipo de acuerdo entre las partes. Si no existe acuerdo dentro de la mediación se firma un acta de imposibilidad, continuando así con el proceso arbitral.

Para varios tratadistas y legislaciones, el efecto del laudo arbitral o sentencia emitida por el árbitro o árbitros que conocieron la causa, tiene dos efectos contrarios entre sí, es decir un aspecto positivo y un aspecto negativo.

El aspecto positivo es que al aceptar y firmar un convenio arbitral, sea este contractual o no, cualquiera de las partes puede iniciar con el proceso, mismo que por su eficacia y agilidad permitirá resolver su conflicto de manera inmediata.

El aspecto negativo es que, una vez emitido el laudo arbitral, no se puede plantear ningún tipo de recurso que no esté contemplado en la ley de Arbitraje y Mediación, y los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, de tal modo que se ejecutarán de la misma forma como está establecido para las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, por tanto el juez de la ejecución no admitirá excepción alguna sobre aspectos que ya se hayan resuelto en el proceso arbitral, sino, exclusivamente de circunstancias posteriores a la emisión del laudo arbitral.

CAPÍTULO II

2 LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.1 La mediación

Considerando la gran cantidad de demandas que diariamente ingresan a los Juzgados y Tribunales de Justicia y si se los compara con el número de jueces y tribunales que deben resolver esas causas, se concluye que no hay forma de que la función Judicial pueda resolver en términos adecuados la totalidad de los casos; obviamente esto implica que la administración de justicia no va a respetar los plazos y términos establecidos en la ley para la emisión de autos o providencias, o peor aún para las sentencias. Además, como se encuentra gran congestión de expedientes que esperan ser resueltos, no dan la suficiente atención a cada uno de ellos, juzgando de modo poco crítico, ya que el tiempo imposibilita un real estudio de cada trámite.

Es por ello, y por lo mencionado en gran parte del capítulo anterior, que mucha gente ha buscado medios distintos a los ordinarios para poder tratar un conflicto; recurriendo así a mecanismos que sean más ágiles, mediante procedimientos flexibles pero sobretodo oportunos.

Frente a este escenario, nacen los métodos alternativos de solución de conflictos, los cuales se dividen en heterocompositivos como el arbitraje, el minijuicio y el juicio ordinario; y, en autocompositivos como la transacción o la mediación que será motivo de nuestro estudio y análisis.

Además, en las disposiciones generales de la Ley de Arbitraje y Mediación específicamente se recalca que “la presente Ley por su carácter de especial

prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere”.¹⁶ (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

2.1.1 Definición de la mediación

La mediación es considerada como una negociación asistida, en la que un tercero imparcial denominado mediador, ayuda para que dos o más partes encuentren una solución final a un conflicto o controversia.

“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.¹⁷ (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

En un proceso de mediación se debe planificar el método y la estrategia por parte del mediador que es el ayudador de las partes para negociar en base a un estilo propio, que asegure el éxito de la negociación, intervención manejada y asistida de manera común.

El mediador es el tercero imparcial, sello característico que debe expresarse de manera externa con claridad, que al igual que la mujer del César, no solo tiene que ser, sino parecerlo para ambas partes.

Los intervinientes, llamados las partes, son los que tienen la plena capacidad y el poder para resolver su problema o conflicto con el aporte de cada una de ellas. Y luego, el acuerdo voluntario, que es el resultado de la unión de dos conciencias y voluntades para poner fin a un conflicto con todas las implicaciones que conllevan los compromisos alcanzados.

¹⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

¹⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

Un aspecto muy importante de la mediación, es la confidencialidad; esto quiere decir, que ni el mediador ni las partes pueden difundir lo que en la audiencia se exprese, puesto que debe imperar, el respeto y confianza entre el mediador y las partes en disputa durante todo el proceso y los que participen en la mediación, deberán mantener absoluta discreción de lo que en el proceso se diga; información que no puede ser utilizada ni trascender en ningún lugar, tampoco emplearla en proceso judicial alguno, aunque las partes, de común acuerdo pueden renunciar a la referida confidencialidad.

Según expertos en la materia, a través de la mediación se busca brindar a las personas o partes en disputa un espacio de diálogo para que, asistido por el tercero imparcial, intenten encontrar una solución a su conflicto.

Así mismo, con la mediación se busca fomentar en las personas una cultura de paz, arreglando conflictos por medio del diálogo.

Las características de la mediación son las siguientes:

- Proceso Voluntario.- Acuden espontáneamente y se pueden retirar en cualquier momento.
- Imparcialidad.- Actitud del mediador, que significa no tomar preferencia a favor de alguna de las partes. Para ello los mediadores tienen el gran reto de equiparar a las partes, pues, pese a que acudan a una mediación el jefe y el subalterno, se debe hacer comprender a las partes, que están entre iguales, y la jerarquía queda fuera de aquel espacio de diálogo y negociación.
- Confidencialidad.- Expresar con franqueza su verdad, y lo que se diga en audiencia, ni el mediador, ni las partes pueden difundirlo.
- Acuerdo Satisfactorio.- Que el arreglo alcanzado beneficie los intereses de las partes.

- Buena fe.- Se entiende que las partes en la mediación, no actúan con dolo, sino de buena fe. Este principio jurídico se ve reflejado en varias legislaciones, y muchas veces los legisladores se ven obligados a aludirla para la correcta aplicación de la norma; y se manifiesta en la actuación honrada y sin malicia de las personas, viéndose reflejado en la conducta dentro de la comunidad dentro del cual se desempeña.
- Viable – Posible.- Que el acuerdo alcanzado pueda ejecutarse en todas sus partes.
- Legal.- Que no exista vicios en el consentimiento, en la capacidad ni en los puntos del acuerdo logrado. Así mismo, como la mediación se encuentra amparada en la Constitución y la ley, es un proceso conforme a la ley.
- Extra-judicial.- Que es en lugar de juicio, es decir fuera de un proceso judicial.
- Informal.- Que no se guía a etapas rigurosas, pruebas, términos o plazos.
- No adversaria.- Es colaboradora, las partes buscan mutuamente una solución satisfactoria y conveniente a sus intereses.
- Flexible.- No se ajusta a precedentes legales. Se puede lograr acuerdos que van más allá de la disputa inicial.
- Rápida.- El proceso de la mediación en comparación con los procesos judiciales ordinarios es mucho más ágil y por ende eficiente.
- Económica.- La mediación no necesita de fuertes inversiones como generalmente se necesita en el impulso de los procesos judiciales tradicionales.

- Relaciones inter-personales.- La mediación busca que se solucione el conflicto entre las partes, procurando que la relación que exista entre las personas no se vea afectada por el problema del cual versa la negociación.
- Definitiva.- Que pone fin al conflicto.
- Visión al futuro.- No remarca los hechos anteriores ni culpables; pues aquí radica el conflicto, este busca soluciones para resolver el problema al futuro.
- Transigible.- Esto significa que la materia de la disputa sea susceptible de transigir.

Con respecto a esta última característica, debemos mencionar que varias leyes de nuestro país aceptan a la mediación (y en general a varios métodos alternativos de solución de conflictos) dentro de su ámbito de aplicación, por lo tanto son materias transigibles, como ejemplo de ellas tenemos a la Ley de Propiedad Intelectual, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley de Seguridad Social, Ley de Mercado de Valores, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, entre otras.

2.1.2 Evolución histórica de la mediación

La mediación está presente en la sociedad desde el inicio de la humanidad, así como el conflicto, puesto que después de tener un problema originalmente se solucionaban por la ley del más fuerte, es decir guerras entre los pueblos, cosa que efectivamente, no existe un cambio radical, es por eso que explicamos anteriormente, que esta es una materia poco estudiada y profundizada.

La humanidad siempre estuvo dispuesta a hacer valer sus “derechos” a cualquier costo, por lo que las civilizaciones se vieron en la necesidad de

inventar reglas y códigos que determinen el comportamiento frente a los conflictos, como ejemplo de ello tenemos al Código de Hammurabi, La ley del Tali3n y posteriormente la resoluci3n de los conflictos por parte de un Se3or o Rey, modelo representado por Salom3n hace m3s de 5000 A.C.

Pero nos podemos dar cuenta claramente que la mediaci3n existe desde tiempos inmemoriales, pues incluso en las Sagradas Escrituras de los creyentes, se menciona la figura del mediador, siendo este Jes3s; 2 Timoteo 2:5 “Porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres, Jesucristo hombre (...)”,¹⁸ as3 mismo, se menciona a Cristo como el mediador en Hebreos 8:6 y Hebreos 12:24. (Biblia, 2011)

En un mundo en el que las guerras y enfrentamientos no eran suficientes para satisfacer las necesidades de justicia, y en que se busca respuestas 3giles, eficientes y eficaces, los seres humanos encontraron relevancia en una disciplina que recoge el saber te3rico y pr3ctico de muchas ciencias, cuyo objeto de estudio ha sido la distribuci3n equitativa de los intereses que se persiguen, tales como la Psicolog3a, la Sociolog3a, la Antropolog3a, el Derecho, experimentando y ense3ando que un cambio de actitud en los hombres, permite negociar y marcar la evoluci3n de una actitud de competencia, a una actitud de cooperaci3n y soluci3n amigable de los conflictos.

Inclusive los fil3sofos del Derecho explican que a pesar de aquellos conocimientos comprobados y por ende tomados como ciencia, se necesitan alternativas que sobrepasen estos l3mites y que est3 acorde con la humanidad. “Este modelo de racionalidad extiende de hecho sus posibilidades m3s all3 de las convicciones puramente cognoscitivas”.¹⁹ (Caracciolo, 2009, pp. 24)

As3 mismo, y tal como ha sido en la evoluci3n de la sociedad, las normas se han creado y se han ido adaptando dependiendo al raciocinio, conocimiento y

¹⁸ Biblia, Versi3n Reina Valera, 2011

¹⁹ Caracciolo, R. (2009): El Derecho desde la Filosof3a. Madrid: Centro de Estudios Pol3ticos y Constitucionales, pp. 24.

costumbre de las sociedades, pero en mucho más de miles de siglos, la historia da como resultado que la gente no ha sido capaz de adaptarse a vivir en sociedad, pese a todos los conocimientos que tenemos, frente a ello también se pronuncia Ricardo Caracciolo diciendo: “Entonces los criterios de fundamentación normativa no parecen depender de los actos cognoscitivos sino de los comportamientos racionales”.²⁰ (Caracciolo, 2009, pp. 29)

El ser humano busca ser feliz obteniendo lo que desea en el menor tiempo y al menor costo posible, para ello busca estar bien en todos los aspectos de su vida, incluso Von Wright habla acerca de la bondad hedónica propia del ser humano, en el que el dolor y el placer convergen entre sí para dar bienestar al ser humano.

Von Wright habla acerca de las necesidades autónomas de cooperación para un bien común, este presupuesto va directamente relacionado con la mediación, pues sin cooperación de las partes, jamás van a llegar a un bien común, mismo que se transforma en un fin común.

Puede decirse que esta forma de cooperación depende lógicamente de tres hechos. El primero es que los hombres son aproximadamente iguales y normalmente no pueden ejercer autoridad normativa unos sobre otros. El segundo es que los hombres no suelen perseguir el bien de su prójimo como un fin último. El tercero es que el bienestar de los hombres depende en cierta medida de la ayuda, esto es, la cooperación de otros. La cooperación, aunque no se dirija a un bien común, puede todavía constituir una ganancia para todos.²¹ (Von Wright, 2010, pp. 223, 224)

Este breve análisis filosófico del ser humano como hombre y como ente dentro de la sociedad ha hecho que de uno o cierto modo la gente busque ganar sin

²⁰ Ob. Cit., pp. 29.

²¹ Von Wright, G. (2010): La diversidad de lo bueno. Madrid: EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A. pp. 223, 224.

importar el bienestar de un tercero; pero poco a poco la gente desea encontrar un bien común, por medio de un modelo que permita ganar-ganar, es ahí donde la mediación emerge como la pieza clave para mejorar la relación de las personas y la sociedad.

2.2 La mediación en la Constitución de 1998 y en la Constitución de 2008

Antes de empezar a desarrollar los puntos importantes de las Constituciones, materia que atañe a este sub-capítulo, es importante recalcar que la Carta Fundamental del Ecuador es la que dispone, dirige objetivos, orienta e ilumina el camino de las instituciones jurídicas para que sus mandatos sean coherentes y cumplidos, lo antes mencionado se basa en el principio de la supremacía constitucional, por ende sus preceptos prevalecen sobre cualquier otra norma legal y como principio universal del Derecho, cifra su eficaz protección en la libertad, democracia, justicia y paz, derechos fundamentales para el reconocimiento de la dignidad humana.

El mediador Eduardo Zurita menciona: “En el mundo actual, la corriente ha determinado que el Ecuador se inscriba dentro de los mecanismos alternativos para resolver conflictos y la vieja conciliación judicial se remozca en la figura de la mediación como institución jurídica autónoma e independiente”.²² (Zurita, 2001, p. 28)

En el título VIII de los principios generales de la Función Judicial, el artículo 191 tercer inciso de la derogada Constitución Política del Ecuador de 1998, manifestaba: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”.²³ (VÉASE: Constitución Política del Ecuador, 1998)

²² Zurita, E. (2001): Manual de mediación y derechos humanos. Quito: Defensoría del Pueblo. pp. 28.

²³ Constitución Política de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 1 De 11 de agosto (1998).

Con ello, quedaba amparado el principio constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos en la legislación ecuatoriana.

En las últimas Constituciones de la República del Ecuador, se contemplan a la transacción y a la conciliación en materia laboral, tal es el caso, de la Carta Política de 1998 que establecía en el numeral 5 de al artículo 35: “Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.²⁴ (VÉASE: Constitución Política del Ecuador, 1998)

Cuando está hablando de autoridad administrativa competente, se entiende que se refiere a la Dirección o Subdirección de Mediación Laboral y/o Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

En la Constitución de 2008, que es la actualmente vigente, establece en su artículo 97:

Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.²⁵ (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

En base a este artículo, tenemos como concordancias, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 294, la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 374 y la Ley de Arbitraje y Mediación, artículos 1 y 43.

²⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 1 De 11 de agosto (1998).

²⁵ Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

Así mismo en el artículo 190, inciso primero de la vigente Constitución de la República del Ecuador, se manifiesta que: “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.”²⁶ (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

El artículo 190 de la vigente Constitución, está en concordancia con los artículos 7 y 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, con el artículo 375 de la Ley de Propiedad Intelectual, con los artículos 1 y 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación e incluso se lo podría asociar con el artículo 314 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante y por ende con los artículos 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil, pues en ellos se contempla la competencia y jurisdicción de los tribunales, según el tipo de materia, grado y en este caso de que los casos que se contemplen dentro de la mediación y el arbitraje sean susceptibles de transacción.

Como es de nuestro saber y entender, la Carta Magna es la que determina la convergencia dogmática e instrumental de las instituciones, de allí nacen las restantes normas que rigen nuestro ordenamiento jurídico determinando la estructura del Estado, instituye los organismos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública. Además atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas; por ello, la resolución de los conflictos, que se dan en la convivencia de la sociedad, están contempladas y normadas dentro de su ordenamiento.

El espíritu de la Constitución de la República del Ecuador, es garantizar y amparar los derechos de la sociedad, es en tal virtud que se expresa específicamente que no se puede aplicar medios alternativos de solución de conflictos en materias que por la índole del bien jurídico protegido, no se puede llegar a conciliar, pues ante ello, como bien lo mencionan los jurisprudencias

²⁶ Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

penalistas, si una persona ha hecho daño a la sociedad, sea individual o colectivamente, debe reparar este daño frente a una sanción punitiva. Es también con la intención de otorgar justicia a las personas sin sacrificar su derecho a ser recompensado por aquel o aquellos que vulneraron su derecho; por ejemplo en un caso de violencia intra-familiar, sería imposible que esta materia sea susceptible de mediación o arbitraje, pues por la índole de la materia, no es factible que exista transacción, y sobre todo, porque la obligación del Estado, que es de quien emana la justicia, es el de brindar a las personas seguridad, paz, armonía, *SUMAK KAWSAY* o buen vivir, y viviendo con una persona que probablemente vuelva a lastimar a su familia, no se estaría cumpliendo lo previsto en la Constitución ni en los tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte.

Hasta aquí entre la Constitución anterior y la actual, no existe ningún cambio trascendental, pero si analizamos el segundo inciso del artículo 190 de la Constitución vigente que dice: “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.”²⁷ (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

Frente a ello se marca fuertemente la posición del Gobierno Nacional, en el que no acepta ningún tipo de arbitraje en el que se encuentre involucrado el estado Ecuatoriano sin previa aprobación del Abogado del Estado, es decir del Procurador General.

Es por tal razón, que se establece la imperiosa necesidad de la existencia de los jueces de paz, encargados de resolver en equidad, conflictos individuales, comunitarios o vecinales; a la vez que reconocen a la mediación y al arbitraje como procedimientos alternativos para la solución de conflictos, obviamente con sujeción a la Ley.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

La Carta Fundamental del Ecuador, en concordancia con normas internacionales y tratados internacionales acepta a la mediación, y a la solución alternativa de conflictos como procesos viables en la resolución de disputas, siempre y cuando las materias que se sometan a estos procedimientos sean susceptibles de transacción.

2.3 La mediación en la Ley de Arbitraje y Mediación

Este cuerpo legal fue publicado por primera vez el 4 de septiembre de 1997, luego de una larga formación en la que participaron diferentes sectores involucrados, que prácticamente de consenso se obtuvo como resultado la Ley.

La ley de Arbitraje y Mediación tuvo una reforma posterior a la publicación mencionada en el párrafo anterior, el 25 de febrero de 2005, en el Registro Oficial No. 532, y el 14 de diciembre de 2006 en el Registro Oficial No. 417 se expidió la nueva Ley de Arbitraje y Mediación, derogando así a la ley expedida en el año de 1997.

La ley de Arbitraje y Mediación ha tenido su última reforma el 9 de marzo de 2009.

La ley de Arbitraje y Mediación se encuentra estructurada en tres títulos a saber: Del Arbitraje, De la Mediación y de la Mediación Comunitaria, 64 artículos a más de Disposiciones Generales, Transitorias y Derogatorias, con un Artículo Final.

Desde el artículo 43 hasta el artículo 57 de esta Ley, trata del procedimiento de Mediación, y desde el artículo 58 al 59 trata de la mediación comunitaria.

El artículo 43 de la Ley que estamos estudiando establece que: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que

verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial definitivo, que ponga fin al conflicto”.²⁸ (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

Este proceso, tal como lo mencionamos en páginas anteriores, goza de muchas ventajas, como agilidad, economía, confidencialidad en el proceso, pero sobre todo es de suma importancia la validez que tiene la mediación por su continente que es el Acta de Mediación, pues esta tiene efecto de sentencia de última instancia y cosa juzgada; de tal forma que si hay incumplimiento de los acuerdos establecidos, se acudirá a un Juez para que la ejecute del mismo modo que la sentencia de última instancia; si es necesario, siguiendo la vía de apremio.

La mediación comunitaria está dirigida a los pueblos y sectores de la población que tienen como factor común su historia, sus problemas y sus principios culturales de los cuales son actores individuales o colectivos frente al resto de la población.

Tal como lo manifestamos anteriormente, el proceso de mediación está protegido por el principio de confidencialidad; ya que lo establecido en las audiencias de mediación, por ningún motivo puede ser utilizado en un proceso judicial o arbitral, peor aún, llamar al mediador para actuar como testigo dentro de un proceso, además el mediador queda inhabilitado de actuar como árbitro, asesor o apoderado en el mismo caso que ya actuó previamente como mediador.

Es indispensable recalcar el artículo 55 de la Ley en estudio: “La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.”²⁹ (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

²⁸ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

²⁹ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

Con este artículo que crea un gran avance en el sistema de justicia, se sobreentiende que la gente poco a poco se está dando cuenta de la cultura de paz y que se está fomentando a través de los métodos conocidos como lo es la conciliación, a la mediación.

En el artículo 61 de la ley de Arbitraje y Mediación, que se encuentra dentro de las disposiciones generales establece que: “El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley.”³⁰ (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

Lastimosamente, el cuatro de septiembre de este año se va a cumplir catorce años sin que se expida un reglamento para la correcta aplicación de esta normativa; lo más perjudicial, de lo cual estamos conscientes y es materia de este trabajo de titulación, es que no es factible que en cada centro de arbitraje y mediación exista un reglamento interno, sin ningún tipo de sujeción a una ley adjetiva expedida por el Mandatario, al menos, nosotros no estamos de acuerdo con esta particularidad.

2.4 La mediación en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo

Tomando en cuenta la carga procesal y por ende la lentitud con la que se resuelven los trámites y procesos administrativos que emergen de la relación de los ciudadanos y el Estado, la Defensoría del Pueblo es una instancia especializada que utiliza herramientas que por su naturaleza son mucho más eficaces que los procedimientos ordinarios y que además toma en cuenta la vulnerabilidad de los derechos de las personas que son fruto de la cotidianidad, del decurso diario de quien enfrenta algo aparentemente insignificante como la arrogancia de un funcionario tras una ventanilla, pero que constituye un símbolo férreo de la maquinaria de la administración que amenaza con aplastar al ciudadano común que somos todos.

³⁰ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

Es por tal razón que la labor del Defensor del Pueblo, surge con su prestigio moral para defender los derechos de los más débiles, de los sectores más vulnerables de la sociedad, poniendo especial interés en las personas y grupos de atención prioritaria, ya que tal como lo establece la Carta Magna: “El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.³¹ (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

Debe quedar en claro que el Defensor del Pueblo no es una instancia decisoria, pues no tiene poder disciplinario ni punitivo-sancionador, sino que es una alternativa para la defensa de los derechos humanos de sus connacionales.

La ley de la Defensoría del Pueblo, es una ley de carácter orgánica, que fue creada por la necesidad de ir acorde con las modernas doctrinas de la Ciencia Política y el Derecho Constitucional, así como también para la promoción y tutela de los derechos humanos consagrados en los tratados y acuerdos internacionales, así como en las Constituciones de los Estados.

El artículo 8 de la ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo trata acerca de los deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo, en el literal f establece que deberá: “Intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario”,³² (VÉASE: Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, 2011).

Se puede notar, que esta ley pone como deber primordial, la labor del Defensor del Pueblo como mediador entre el pueblo y las instituciones estatales para la mejor solución de los conflictos.

Es un principio fundamental para el Defensor del Pueblo la inmediatez, a más de la gratuidad e informalidad, es por tal razón que su procedimiento consiste

³¹ Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

³² Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. en Registro Oficial No. 7 De 20 de febrero (1997).

en llenar un formulario de queja en el cual se plasman los hechos por los que se sienten afectados los ciudadanos; este procedimiento puede ser escrito o verbal conteniendo únicamente la identificación del peticionario o quejoso. Cabe recalcar que los peticionarios no necesitan de un abogado patrocinador para ningún procedimiento.

2.5 La mediación en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La ley orgánica de Defensa del Consumidor, va de la mano con la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo, tal es el caso que en el artículo 81 de la ley orgánica de Defensa del Consumidor establece que:

Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, (...).³³ (VÉASE: Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2011)

El espíritu y motivación para la creación de esta ley es que todo ciudadano tiene el derecho de recibir bienes y servicios de buena calidad y en buen estado, entendiéndose además, que las medidas, el precio y el peso son exactos, así como también tienen libre acceso a una información clara y precisa de los productos.

Poco se ha fomentado la cultura de ciudadano-consumidor crítico y consciente, por los mitos establecidos por la misma sociedad ecuatoriana, pues el cambio de actitud siempre empieza de adentro hacia afuera, es decir la persona como parte de la sociedad, hacia la sociedad, pero las personas tienen miedo a reclamar y a pedir que sus derechos se respeten, por las “represalias”, o, a

³³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En Registro Oficial Suplemento No. 116 De fecha 10 de julio (2000).

quien no le es común que al consumir un plato de comida preparada en algún restaurante y este lleva un producto en mal estado o un elemento que no es propio de ese plato ha preferido hacer un lado o simplemente no consumirlo por no reclamar y que en la “supuesta reposición” del plato el producto contenga peores cosas que antes.

La mayoría de ecuatorianos hemos sufrido este tipo de hechos, por lo que somos víctimas de abusos por parte de empresas públicas y privadas que no ofrecen realmente servicios de calidad a los usuarios y consumidores.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 indica en su artículo 52:

Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y los consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.³⁴ (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

La ley de Defensa del Consumidor publicada en el Registro Oficial N° 520 de septiembre 12 de 1990 fue inoperante e impracticable, por lo que el Congreso Nacional (hoy Asamblea Nacional) de acuerdo a la Constitución vigente en aquel entonces (artículos 96 y 244 numeral 8) en ejercicio de sus facultades expidió la ley Orgánica de Defensa del Consumidor el 10 de julio del año 2000.

Como ya mencionamos en líneas anteriores, la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo va de la mano con la ley orgánica de Defensa del Consumidor, y en

³⁴ Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

estas leyes, se da suma importancia a los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente a la mediación.

Esto encuentra su asidero en el artículo 81 inciso segundo de la ley orgánica de Defensa del Consumidor que dice: “En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal”.³⁵ (VÉASE: Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2011)

2.6 La mediación en los Instrumentos Internacionales

Como es de nuestro conocimiento, la esencia de los tratados es la negociación, por lo tanto para la suscripción de un acuerdo internacional existe siempre en primer lugar el diálogo con los países que van a ser miembros originarios de dichos acuerdos.

Básicamente para la celebración de los tratados internacionales, existen cuatro fases importantes, siendo estas en orden cronológico:

- a) Otorgamiento de los plenos poderes.- que es aquella potestad entregada de las autoridades nacionales a sus representantes, para que estos puedan negociar, autenticar o adoptar resoluciones con la certeza de que existe un consentimiento por el Estado miembro del tratado a celebrarse.

- b) Negociación.- Como bien sabemos, la mediación se basa en la negociación, que es la presentación de alternativas que mejor convengan a las partes interesadas; y como bien lo define Manuel Diez de Velasco en su libro Instituciones de Derecho Internacional Público: “La negociación consiste en la presentación de propuestas y contrapropuestas por parte de los representantes, que son debatidas por

³⁵ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En Registro Oficial Suplemento No. 116 De fecha 10 de julio (2000).

las delegaciones, que las aceptan, rechazan o procuran enmendar.”³⁶
(Diez de Velasco, 2006, p. 157).

c) Manifestación del Consentimiento.- Esta es la declaración de la voluntad de los representantes para aceptar los acuerdos alcanzados; así mismo pueden hacer uso de la institución de la reserva, misma que permite tener un sentido restrictivo frente a alguna cláusula o acuerdo en el que no exista el consentimiento total de las partes.

d) Desde la manifestación del consentimiento a la entrada en vigor.- Esta fase está comprendida desde la ratificación de los Estados miembros del tratado así como su entrada en vigencia entre los estados miembro, entendiéndose que estos entran en vigor después de que se han puesto en vigencia los acuerdos negociados y alcanzados, es decir las prestaciones y contraprestaciones de las que se basa el acuerdo.

El Ecuador dentro de la historia internacional, generalmente no ha sido miembro originario, sino miembro adherente a convenios o acuerdos internacionales ya establecidos; es por tal razón inclusive, que no ha tomado protagonismo internacionalmente, pero al ratificar los convenios, y aceptar los términos en los cuales se manejan internamente, el Ecuador, a nuestro criterio, ha sido sujeto de varios aciertos e injusticias.

Muestra de ello, es lo ocurrido con el Protocolo de Río de Janeiro de 1942, la historia nos dice que bajo una reunión convocada por el Presidente Estadounidense a todos los países de América a Brasil, cuya capital era Río de Janeiro, Ecuador y Perú estaban bajo la imperiosa necesidad de firmar el Protocolo de Río de Janeiro, ya que debíamos estar unidos para poder declarar la guerra a Italia, Alemania y Japón; denota este dato histórico, que la negociación no ha sido la base para los acuerdos y tratados, pese a que es la segunda fase para la suscripción y celebración de cualquier tratado.

³⁶ Diez de Velasco, M. (2006): Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) pp. 157

Además, el Gobierno actual, representado por el Señor Presidente, Economista Rafael Correa Delgado, acepta y apoya a la mediación, no así con el arbitraje, tal como lo está haciendo al apoyar a su homólogo venezolano Hugo Chávez que propone una mediación internacional para resolver el problema bélico para Libia.³⁷ (VÉASE: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-apoya-propuesta-de-chavez-de-una-mediacion-internacional-para-libia-461988.html>)

Así mismo para la mejor resolución del problema entre Ecuador y Colombia por la crisis diplomática ocurrida a partir del 3 de marzo de 2008, día en que el Ecuador rompió unilateralmente las relaciones diplomáticas con su vecino país Colombia por la intromisión del ejército colombiano en Angostura, que dio como resultado la muerte de Raúl Reyes, recurrieron a la mediación para poder conversar y así llegar a acuerdos entre los cancilleres de Ecuador (Fander Falconí) y Colombia (Jaime Bermúdez).³⁸ (VÉASE: <http://www.radiosantafe.com/2009/08/19/colombia-y-ecuador-acudirian-a-una-mediacion-internacional/>)

³⁷ <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-apoya-propuesta-de-chavez>

³⁸ <http://www.radiosantafe.com/2009/08/19/colombia-y-ecuador-acudirian-a-una-mediacion>

CAPÍTULO III

3 EXPERIENCIAS DE CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN ARGENTINA, COLOMBIA Y ESPAÑA

Antes de empezar este capítulo, es necesario hablar de los Estados y la cultura, el juriconsulto Horacio Rosatti hace un recorrido por la historia de los más destacados pensadores que han definido al Estado, como lo son Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Karl Marx, Friederich Engels, Sigmund Freud y Max Weber; los filósofos mencionados plantean de una u otra forma que el Estado está compuesto por la sociedad, y que esta ha dado su aceptación para que un grupo de personas (o de modo muy antiguo un Ser Supremo por medio de un representante suyo en la Tierra) sean quienes dirijan a las asociaciones o sociedades de un determinado lugar. En palabras de Sigmund Freud “(...) la sustitución del poderío individual por el de la comunidad (...)”³⁹ obviamente basada en el Derecho. (Freud, 1987, p. 37)

Rosatti, a manera de conclusión afirma que:

De modo que cuando un pensador afirme que todo Estado surge de un contrato social o político, no habrá que buscar papeles firmados y sellados para acreditar que está en lo cierto, dado que lo que está firmando de la convivencia bajo forma estatal responde a un acuerdo de voluntades.⁴⁰ (Rosatti, 2002, pp. 13 y ss.)

Pero, en el transcurso de las historias de las sociedades de los Estados del mundo entero, las soluciones para cualquier tipo de afectación a su prójimo o al

³⁹ Freud, S. (1987): El malestar en la cultura. Madrid: Alianza, pp. 37

⁴⁰ Rosatti, H. (2002): El origen del Estado. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, pp.13 y ss..

lugar donde permanece, ha sido por medio de sanciones previamente establecidas y tipificadas en cuerpos legales, así que, lo que está tipificado como delito es la sanción, la pena y su ejecución, teniendo en cuenta que el modo de rehabilitación social por excelencia es la privación de la libertad en las personas.

A pesar de que las experiencias de los países de los cuales vamos a tratar son del sistema romano – germánico; en el sistema anglosajón también hay los mismos tipos de conflictividad social y problemática en las sociedades, pues la pobreza, el desempleo, la falta de educación, y el quebrantamiento del núcleo de la sociedad, que son los problemas más graves en todo Estado, los encontramos en todo el mundo.

No podemos dejar de lado a la gobernabilidad de cada uno de los Estados, pues en los últimos treinta años ha existido una re – instauración de los gobiernos constitucionales de América Latina, mostrando un gran cambio en las fuerzas políticas donde el liderazgo ha sido el eje para el cambio un apoyo exorbitante por parte de los organismos internacionales.

Deseamos terminar esta introducción con una frase de Thomas Jefferson que dice:

Todos los hombres nacen iguales; están dotados de su creador de ciertos derechos inalienables; entre estos derechos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Los gobiernos son establecidos por los hombres para garantizar estos derechos y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados. Todas cuantas veces una forma de gobierno se convierta en destructiva de esta finalidad, el pueblo tiene derecho a cambiarla o abolirla.⁴¹ (Nino,

⁴¹ Nino, C; Gargarella R.; Rodríguez, M.; Krsticevic, V.; Lerer, A.; Sabsay, D.; De Riz, L.; Smulovitz, C. (1992): El Presidencialismo puesto a prueba. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 149.

C; Gargarella R.; Rodríguez, M.; Krsticevic, V.; Lerer, A.; Sabsay, D.; De Riz, L.; Smulovitz, C, 1992, p.149).

3.1 Experiencia Argentina

La república Argentina es un país dentro del continente Americano, ubicado en el extremo Sureste de América del Sur, parte de su superficie está asentada en la Patagonia, es decir en el Cono Sur. Su característica especial dentro de la historia, son sus yacimientos de Plata, es a ello que se debe su nombre Argentina, ya que viene del latín *Argentum*, “Voz lat. Plata. | Objetos de ese metal”.⁴² (Cabanellas, 2007, pp. 130).

Si bien es cierta la conflictividad social en Argentina está dado por caracteres extrínsecos como la crisis económica y política mundial, también tiene características intrínsecas que hacen que Argentina tenga problemas endémicos, que de una u otra forma hacen que se retrase el progreso de este país. Uno de los aspectos que más inestabilidad y problemas ha traído a Argentina de casi toda su vida como Estado, es la recuperación de las Islas Malvinas ante Gran Bretaña, motivo por el cual muchas de sus relaciones diplomáticas se han venido abajo, por solidaridad y cooperación con esta última potencia.

Un caso muy especial, con el que todos los gobiernos han debido tratar, con mucha más fuerza desde los años noventa, es con las precarias condiciones de vida que tienen los habitantes de la Patagonia Argentina; recordemos que la Patagonia está dividida en la Patagonia Argentina y la Patagonia Chilena, Argentina tiene un poco más de las tres cuartas partes de la Patagonia, con un ochenta por ciento de la población de esta área; si bien es cierto los argentinos de esta región subsistían con un estado de vida medianamente racional, las inmigraciones tanto internas como internacionales a causa de las “fuentes de trabajo” que otorga el gobierno por la explotación petrolera de este sector, a

⁴² Cabanellas, G. (2007): Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 130.

más de la explotación turística que ha venido en crecimiento en la última década, han hecho que se estanque el intento de progreso, pues ni siquiera gozan de servicios básicos, lo que da como consecuencia un retroceso y un alto índice de insalubridad.

Estamos seguros que cuando el gobierno tome la política de empezar a explotar la reserva de gas natural, los habitantes de esta región serán los más perjudicados, empezando por el aspecto económico, así como su salud, pues según el diario "Crónica", que es de distribución nacional, hay un buen porcentaje de ciudadanos argentinos que fallece por la intoxicación de monóxido de carbono.

La conflictividad social, está dada en sí por el grupo social que la componen; la sociedad argentina como todas las sociedades de América Latina tienen varios factores comunes dentro de su comunidad, empezando por la norma legal, pues no podemos olvidar que el Código Civil Napoleónico (que fue el Primer Código Civil) fue traído e instaurado en el continente Americano por Andrés Bello, y del cual la mayoría de países de América tomaron como base para realizar su propio Código Civil.

Esto demuestra que los conflictos tienen factores comunes y que las sociedades en general, tienen los mismos problemas y tienen además un margen de solución de sus conflictos bastante similar.

La república de Argentina de por sí es un país con ciudadanos que han sido culturizados con la idea de imperialismo, obviamente esto viene desde sus gobernantes, que han fomentado este criterio en los argentinos, pero esta doctrina política, ha logrado su auge en esta civilización, y por ello, la Sociología y la Antropología moderna se ha encontrado con la dificultad de re-educar a personas con este tipo de criterios; Juan José Hernández Arregui escribe sobre la educación y la cultura en los argentinos, y demuestra la imposibilidad de poder zanjar diferencias entre sus connacionales por el fuerte

criterio imperial que ha sido marcado; “Los argentinos somos personas que padecemos del síntoma mayor, que es el de que nadie es mayor que nosotros, y nosotros somos mayores que todos”.⁴³ (Hernández, 1957, pp. 47)

Además el país de Argentina fue formado y habitado por una gran cantidad de inmigrantes de todo el mundo, especialmente de europeos que buscaban salir de todos los conflictos armados en los que Europa ha sido protagonista y así procurar salvaguardar la seguridad de sus familias; se destacan los inmigrantes italianos y españoles.

Obviamente existían también argentinos originarios, que eran los “nativos” de América, y que curiosamente se pueden identificar a estos grupos sociales por su árbol genealógico dado por los apellidos de sus predecesores.

La Historia nos dice, que la forma de gobernar en Argentina, fue de muchas represión y de autoritarismo, incluso el sociólogo Xavier Fariello, en un análisis de los tipos de presidencias en Argentina, así como el *modus vivendi* de la sociedad en cada gobierno, afirma que para poder cambiar esa constante, se necesitaba de una real democracia y entrega por parte de sus gobernantes, en un extracto de su obra dice lo siguiente:

Y ello exigía destinar esfuerzos considerables para así poder crear condiciones óptimas y adecuadas de gobernabilidad, ya que al pretender solidez y permanencia a la legitimidad inicial de un régimen constitucional, con la demostración de que los gobiernos democráticos podían ofrecer, especialmente en el terreno económico, resultados incontestablemente superiores a los de las experiencias autoritarias.⁴⁴ (Fariello, 2000, pp. 54)

⁴³ Hernández, J. (1957): Imperialismo y cultura, la política de la inteligencia argentina. Buenos Aires: Editorial Amerindia, pp.47

⁴⁴ Fariello, X. (2000): La sociedad Argentina y su realidad nacional. Mendoza: Editorial Estrada, pp.54.

La sociedad argentina tuvo su auge en liderazgo, democracia y derechos de participación por parte de los mandantes con las experiencias de Raúl Alfonsín (1983 - 1989), Carlos Menem (1989 – 1999) y Fernando de la Rúa, quienes a pesar de haber contado con la aprobación de los ciudadanos argentinos tuvieron serios problemas económicos y políticos por la gran cantidad de corrupción y crisis económicas, lo que dio lugar al doble discurso y a gente sometida a los grupos de la oligarquía.

Este antecedente dio lugar a un quebrantamiento de la función Judicial en Argentina; la gente no confiaba en el sistema y prefería abstenerse a exigir sus derechos, o en el caso contrario, prefería no hacerse cargo de sus obligaciones porque no había un poder Estatal que realmente ampare los derechos de sus semejantes. Incluso se valían de sus “amistades” para amparar su delito o ilegalidad frente a quienes se tenía una obligación.

Esto en la realidad latinoamericana y por ende en la Argentina no ha cambiado radicalmente, pues siempre ha existido y existe la gente que utiliza a otras personas para agilizar sus trámites o para hacer desaparecer las pruebas que sustentan las obligaciones incumplidas.

Es por tal razón que la República de Argentina ha considerado de gran utilidad a los medios alternativos de solución de conflictos como herramientas eficientes y eficaces para amparar los derechos de los ciudadanos argentinos y de ese modo lograr dar la Justicia anhelada.

La mediación es su método mejor utilizado, ya que los resultados obtenidos en base a ella han sido excelentes y dignos de admiración, inclusive la función Judicial lo emplea con total eficacia, toda vez que las causas que se ventilan en los Juzgados Civiles, en la etapa de las audiencias, se les orienta a los Centros de Mediación para que se intente un arreglo consensuado entre las partes.

En la fase mencionada, la mayor cantidad de juicios terminan satisfactoriamente sin necesidad de que el proceso civil llegue hasta la

finalización del juicio, evitando así la sentencia que, como hemos visto en el capítulo primero de este trabajo, no siempre otorga justicia real.

En comparación con el sistema procesal ecuatoriano, en los juicios civiles, como ya conocemos, existe una etapa procesal denominada conciliación, en la que el Juez actúa como mediador para determinar si existiese la posibilidad de que entre las partes exista un acuerdo y así suspender el proceso. Lastimosamente, esta etapa solamente es vista como una etapa más, que hay que cumplir por legalidad, puesto que realmente no existe ninguna conciliación, las partes no tienen una real intención de llegar a un acuerdo y el Juez, pese a sus conocimientos legales, no tiene una verdadera formación ni de negociador, peor aún de mediador.

Los argentinos sostienen que los métodos alternativos de solución de conflictos, particularmente la Mediación constituye un verdadero poder simbólico que lo ejercen las partes y que se constituye en la dinámica social, puesto que siendo una valiosa herramienta para solucionar desacuerdos utiliza insumos como la producción, negociación, circulación y consumo de políticas públicas, tan necesarias para una verdadera convivencia entre personas civilizadas.

Además como ya lo mencionamos en líneas anteriores, los ciudadanos argentinos han sido educados bajo un criterio imperialista, la mediación en Argentina ha ayudado a manejar las relaciones interpersonales, ya que se equiparan las relaciones de poder entre las personas que se encuentran administradas por la mediación.

Argentina fue uno de los pioneros con respecto a los métodos alternativos de solución de conflictos, pese a la fuerte resistencia de los ciudadanos, ya que su filosofía de ganar ante los demás era más fuerte que el bienestar de los demás; pero, en primer lugar la gente ha visto la necesidad de resolver sus problemas con más agilidad y bajo una sentencia favorable o más justa que la que un Juez podría otorgar en estricto apego a la ley.

Consideramos también que el cambio en la sociedad argentina estuvo dado por la cantidad de habitantes, ya que según la última publicación del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República de Argentina) en el censo del 27 de octubre de 2010, hay cuarenta millones noventa y un mil trescientos cincuenta y nueve habitantes, entonces frente a una conflictividad argentina en el que siete de cada diez habitantes tienen un litigio judicial, por más eficiente que intente ser el sistema judicial, no va a tener una resolución rápida y efectiva.

Consideran con toda razón que el precedente de la paz es la justicia y a esta se arriba mejor a través del diálogo, así como solo a la paz puede dialogar, los dos conceptos se confunden en causa y efecto. Dentro del diálogo, la mediación y la negociación son los métodos más directos y eficientes para llegar a la justicia y consecuentemente a la paz, y es únicamente en la paz que los pueblos crean la atmósfera propicia para el desarrollo a los seres humanos y sus derechos.

En este país, la práctica de la mediación no es tan novedosa ya que la han empleado por varios lustros, y fruto de ello es el desarrollo de la gran cantidad de bibliografía que tienen a su haber en varios campos. Inesita Araujo en su artículo "Mediaciones y Poder" se refiere al trabajo realizado y dice que: "Habla del poder simbólico, el poder de hacerse tomar en consideración, el poder de hablar y hacerse oír, el poder de constituirse como agente social y participar consciente y activamente de la construcción histórica del presente".⁴⁵ (Jacks, N.; Araújo, I.; Corona, S.; Renero, M.; Saintout, F.; Massoni, S.; Calles, J., 2002, p. 47).

Bajo este mismo sentido, Argentina, se ha nutrido de la práctica estadounidense, pues han perseguido el conocimiento, han tenido un

⁴⁵ Jacks, N.; Araújo, I.; Corona, S.; Renero, M.; Saintout, F.; Massoni, S.; Calles, J. (2002): Recepción y Mediaciones; Casos de Investigación en América Latina. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, pp. 47.

adoctrinamiento y adiestramiento de mediadores doctos en la materia, lo cual ha permitido desarrollar técnicas y habilidades para aplicarlas con eficacia.

Después de este análisis, nos damos cuenta de la vasta experiencia recogida por este país, así pues que ellos comprendiendo su realidad social, hábitos, cultura y espacio, han decidido utilizar este método; lo que exige el esfuerzo de estructurar estilos a partir de las propias realidades y necesidades, y contribuir a la creación de escuelas latinoamericanas para la exitosa aplicación de la mediación.

Cabe recalcar que en la Constitución de la Nación Argentina, se prevé la mediación y el arbitraje como medios para concretar convenios o acuerdos en el área laboral: Si bien es cierto que en la Constitución se habla de la conciliación y no de mediación, en el capítulo anterior estudiamos también que a la mediación se le conocía también como conciliación.

El artículo pertinente a este tema es el 14o. Bis. Segundo inciso, que dice lo siguiente:

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.⁴⁶ (VÉASE: Constitución de la Nación Argentina, 2011)

En una entrevista con el ex Defensor del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires Alejandro Nató, que a su vez es uno de los Especialistas en Mediación Comunitaria más reconocidos en la República de Argentina, afirmó que: “el balance de la evolución del instituto de la mediación prejudicial en nuestro país

⁴⁶ Constitución de la Nación Argentina, De 22 de agosto de 1994.

es positivo, al punto que en la actualidad más del treinta por ciento (30%) de los litigios ya se resuelven en sede prejudicial”.

3.2 Experiencia Colombiana

La República de Colombia ha vivido una crisis social y económica muy fuerte, tanto es así que está ubicado en los primeros puestos de los países más peligrosos a nivel mundial. Colombia es un país que se ha caracterizado por tener una verdadera guerra interna que ha devenido desde los años sesenta.

Este conflicto interno estuvo dado por varias crisis económicas, políticas y por ende sociales, lastimosamente en la sociedad colombiana, las guerras, y la intensidad de la violencia que cada vez se ha venido multiplicando han hecho que este país tenga fuertes problemas internos que se han visto reflejados en la sociedad internacional.

Así como en la época de los sesenta se incrementaron las guerras, la población que estaba asentada en los pueblos y ciudades se vieron en la imperiosa necesidad de migrar a aquellas tierras inhóspitas e inexploradas, teniendo que buscar una fuente de trabajo y subsistencia, dando paso a la consolidación y expansión de la economía del narcotráfico, ya que pese a las políticas de los gobiernos de intentar que los pobladores trabajen en el cultivo de los alimentos comunes para su comercialización y autoconsumo, la realidad era que ellos trabajaban a pérdida y no satisfacía ni siquiera sus necesidades mínimas; obligándolos a que se involucren en este negocio que a más de ser realmente productivo, ofrecía estabilidad económica y protección para las personas y sus familias.

A partir de esto también se incrementó la violencia nacional e internacional, de tal forma que las organizaciones criminales internacionales atravesó las modalidades de violencia al ser humano, incrementando los homicidios, asesinatos y los secuestros.

Así mismo la sociedad colombiana se ha visto afectada, por la transición económica y política que ha cruzado en las dos últimas décadas del siglo XX e inicios del siglo XXI, ya que su modelo constitucional y de desarrollo cambió al modelo proteccionista altamente regulado por el Estado.

Tomando en cuenta que la República de Colombia tiene un contexto nacional bastante conflictivo y complicado, como una sociedad y economía que se encuentra limitada por los intereses de las organizaciones internacionales de grupos violentos y del narcotráfico que han terminado con terribles consecuencias para la sociedad colombiana y por ende para la sociedad internacional.

La violencia política, es también parte del problema, tuvo su origen en el año de 1985 cuando varias causas hicieron que lastimosamente Colombia atravesase una crisis que terminó con varias vidas humanas, tales como el desacuerdo con la administración gubernamental y tanto las personas de derecha como de izquierda no podían convivir respetando sus ideologías, además el Ejército Nacional de Bogotá, que tampoco estaba de acuerdo con las políticas de Estado que estaban vigentes, y tampoco con la administración de Justicia.

En el libro “Liberalizando la tierra y territorio colombiano: un análisis de la historia socio – jurídica” se detallan los problemas sociales, políticos y económicos de Colombia, y los autores escriben:

En días recientes a propósito del desenlace de la toma de la embajada del Japón por parte de guerrilleros del Mrta en Lima, se ha recordado el crecido tributo en vidas humanas y en destrucción que tuvo en noviembre de 1985 la contratoma del Palacio de Justicia realizada por el Ejército Nacional en Bogotá.⁴⁷ (CARVAJAL y PALACIO, 2000, p. 190)

⁴⁷ Carvajal, J.; Palacio G. (2000): Liberalizando la tierra y territorio colombiano: un análisis de la historia socio – jurídica. Bogotá: Editorial Colciencias, pp. 190.

La crisis económica, fue el mayor impacto que tuvo Colombia, puesto que la caída de la producción de los productos agrícolas como el café provocó el desempleo urbano y rural, y de forma mucho más grave, el país tenía imposibilidad de competir internacionalmente con importaciones de los otros países que originariamente sus productos fueron subsidiados antes de la exportación.

El déficit fiscal que ha dejado el gobierno por la discreción con la que se maneja el gasto central, como por ejemplo el pago de la deuda con el FMI, no ha permitido que se ataque las verdaderas causas para el estancamiento social, político y económico de Colombia tal es el caso de la corrupción, y los grupos insurgentes que han provocado caos en todo el territorio colombiano y sus alrededores.

Con este antecedente, lo que Colombia ha tenido es un país con poca salud, y con gente analfabeta, pues el gasto público colombiano ha ido en aumento según datos de PIB en las escalas mundiales, mientras que la inversión dentro de su mismo Estado ha sido mínima y limitando el desastre interno.

Con respecto a la justicia colombiana, en palabras del abogado y licenciado en historia Jorge Carvajal escritor de la revista "EL OTRO DERECHO" en su artículo "La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia" en la revista N° 28, de julio de 2002. (ILSA, Bogotá) manifiesta "La justicia en Colombia se encuentra en deuda con las aspiraciones y las necesidades de la sociedad".⁴⁸

Las normas elaboradas han sido realizadas bajo criterios de exclusión, explotación y discriminación, aunque se manejaron bajo el pretexto de volver al orden, la paz y el progreso de la nación.

⁴⁸ Jorge Carvajal escritor de la revista "EL OTRO DERECHO" en su artículo "La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia" en la revista No. 28, de julio de 2002. (ILSA, Bogotá) [revista]

La república de Colombia es un país que está muy desarrollado con respecto a la solución alternativa de conflictos, específicamente a la mediación, pues ellos han tomado muy en serio la crisis procesal que transcurre en la sociedad colombiana.

Además tomando en cuenta los antecedentes mencionados en líneas anteriores el estado colombiano no tiene recursos suficientes para crear más medios de desarrollo a nivel judicial, pues la implementación, adecuación y reestructuración de la administración de justicia tiene un costo superior a los cien millones de dólares americanos, puesto que gran parte de su partida presupuestaria está dirigida a combatir el crimen organizado y a las organizaciones internacionales de narcotráfico.

Es por ello que es factible la resolución alternativa de conflictos, inclusive, para actuar bajo la tutela de la mediación, no es necesario estar dentro de un centro como lo es en el Ecuador, pues en Colombia existe la mediación independiente, esto es que una persona que haya cursado por los estudios requeridos para ser Mediador, y aprobados por el órgano que avaliza, certifica y permita así realizar mediaciones. Lo más importante y trascendente en esta estructura es que los efectos del acta suscrita, sea de imposibilidad o del acuerdo llegado, tiene los mismos efectos que si se hubiera realizado la mediación en un Centro de Arbitraje y Mediación.

En un estudio realizado por el Dr. Oscar Franco, Conciliador – Mediador, Presidente del Centro Venezolano de Conciliación y Mediación afirma lo siguiente:

Colombia, al igual que Argentina ha sido pionero en Latinoamérica en la instauración de la solución judicial o extrajudicial de conflictos, durante tres lustros, los legisladores colombianos han promulgado leyes sobre la materia, actualizando las normas, hasta llegar a la última modificación que resultó en la LEY 640 DE 2001 SOBRE

CONCILIACIÓN. Dicha ley fue promulgada en Enero 2001 y entró en vigencia en Enero de este año, mediante la ley se hizo obligatoria la conciliación antes de acudir a otras instancias judiciales ordinarias. Con esta nueva ley se espera no solo descongestionar los despachos judiciales del país, mediante conciliación se podrán arreglar asuntos de custodia, cuidado personal, visitas y protección de menores, fijación de cuotas alimentarias (sic), declaración de la unión marital de hecho y las disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución y terminación de contratos civiles y comerciales, tales como compraventa, arrendamiento y prestamos entre otros. Con la aplicación de la ley 640 se espera además solucionar, antes de pasar a los estrados judiciales, cerca del 65% de los 600 mil casos que anualmente entran a la justicia ordinaria en Colombia, lo que implica una descongestión de por lo menos 390 mil casos al año. (sic)⁴⁹ (FRANCO, 2002, pp. 17, 18)

Con esta afirmación, producto el estudio realizado por el Dr. Franco, podemos darnos cuenta del gran avance que tiene Colombia dentro de la resolución alternativa de solución de conflictos.

Así mismo en la Constitución Política de Colombia, se contempla en el capítulo 5 las jurisdicciones especiales, mismas que abarca a la jurisdicción indígena y a los llamados jueces de paz. A nuestro saber y entender la doctrina habla acerca de la jurisdicción indígena como aquella que busca resolver un conflicto que se ha producido en la comunidad por medio de la persona más antigua y con más experiencia y conocimiento dentro de esa sociedad; pero así mismo, también se toma en cuenta a la mediación comunitaria, que tiene el mismo procedimiento que para la mediación común, pero el Mediador, es una persona estudiada en cómo tratar los conflictos de los principios y normas indígenas sin que el acuerdo alcanzado afecte a la esencia de esa comunidad.

⁴⁹ Franco, O. (2002): Estudio de la mediación en países hermanos Latinoamericanos. Venezuela: Centro Venezolano de Conciliación y Mediación, pp. 17, 18.

La mediación comunitaria ha buscado resolver los problemas de los grupos sociales étnicos por medio del diálogo y obviamente de la negociación, sin tener que recurrir a los castigos físicos, a los cuales tradicionalmente se ha acudido, como lo son el castigo con la ortiga, baños de agua helada, quemar vivas a las personas o mutilar alguno de sus miembros.

El artículo 246 establece:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.⁵⁰ (VÉASE: Constitución Política de Colombia, 2011)

De la misma manera, la suprema ley de la República de Colombia establece la institución de jueces de paz, ellos, pese a que tienen un tratamiento diferente a la mediación, tienen como base a la mayoría de principios y procedimientos que se utiliza en la mediación, pues su objetivo, al igual que todos los métodos alternativos de solución de conflictos, es evitar ventilar sus problemas dentro de la vía judicial ordinaria, y buscar lo más conveniente para las partes, es decir conciliar o mediar.

El artículo 247 de la mencionada norma, dice lo siguiente: “La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.”⁵¹ (VÉASE: Constitución Política de Colombia, 2011)

⁵⁰ Constitución Política de Colombia, en Gaceta Constitucional No. 127 De 10 de octubre de (1991).

⁵¹ Constitución Política de Colombia, en Gaceta Constitucional No. 127 De 10 de octubre de (1991).

Tomando en cuenta la experiencia del Mediador ecuatoriano Dr. Eduardo Zurita Gil, que hizo su maestría en la ciudad de Bogotá – Colombia, la mediación en el sistema colombiano, es de tan alto nivel, que su índice de resoluciones judiciales por vía ordinaria han bajado en más del 35%, lo cual es un logro sumamente alto.

3.3 Experiencia Española

Un Estado muy desarrollado en el ámbito legal y sociológico dentro del mundo entero, cuya influencia ha sido muy significativa para América Latina es la Monarquía Española, este estado de la península Ibérica, ha tenido una larga trayectoria a través de la Historia, pues su existencia data desde la prehistoria hasta la época actual, y sus habitantes fueron los primeros hombres (hace más de treinta y cinco mil años antes de Cristo), y también fueron colonizados e invadidos por celtas, fenicios, cartagineses, griegos, perteneciendo incluso, al Imperio Romano. Además también se la conoce como el lugar donde los reinos moros (musulmanes) fueron a establecerse, pues estarían independientes del control musulmán, haciendo que gran parte de España, donde se acentuaron florezca en varias áreas científicas.

En 1492, España tuvo dos momentos muy importantes y recordados en la historia de la humanidad, así como trascendentes para Latinoamérica; el primero fue la total expulsión de los musulmanes de las tierras españolas, el segundo fue el descubrimiento de América por el explorador Cristóbal Colón, lo cual hizo que los nativos de América se aculturicen y a su vez, hizo que España llegue a una etapa de desarrollo, convirtiéndose en una gran potencia de la época y sobre todo en el aspecto de colonización.

Pese a ello en el siglo XIX, Europa tuvo muchos cambios de los cuales España no estuvo exenta; y lo que más golpeó a esta potencia fue la etapa en que la mayoría de sus colonias se independizaran, pues la mayoría de las riquezas que se obtuvo para este Estado eran de allí. Además que tuvo la intervención

extranjera, pues su decreciente fue dada por el famoso “Pepe Botellas”, es decir José Bonaparte, hermano del emperador francés Napoleón Bonaparte.

España cruzó por las guerras mundiales más significativas, como son la Revolución Industrial y la Revolución Francesa, que demandaba bastante intervención política, económica, y obviamente social; factores que debilitaban a la poderosa España.

La inestabilidad política en España siguió hasta principios del siglo XX, pese a que en la Primera y Segunda Guerra Mundial no intervino y su posición fue neutral, pasó por una guerra civil en la década de los treinta) que terminó por dar paso al fascismo dirigido por Francisco Franco. Esta etapa estaba llena de antagonismos, pues por un lado existía gran pobreza y a la vez riqueza de un muy pequeño grupo de la sociedad, y, lastimosamente hubo un estancamiento dentro del progreso cultural y político.

Desde 1978, la monarquía española ha logrado, con el paso del tiempo, ir consolidando una verdadera democracia y ha logrado mantenerse como una potencia mundial.

Las grandes complicaciones por las que España ha atravesado han estado dictadas por el grupo terrorista ETA, que son las siglas de *Euskadi Ta Askatasuna*, que traducido al español significa “país Vasco y libertad”, la organización terrorista ETA es autodeclarada independentista, nacionalista, vasca y marxista leninista, que con su lucha obtienen sus objetivos fundamentales que son prioritariamente la independencia de lo que el nacionalismo vasco denomina *Euskal Herria* de los estados español y francés. Pero este grupo terrorista utiliza métodos atentatorios contra los derechos humanos, pues se basan en el asesinato, el secuestro, y la extorsión económica.⁵² (wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Euskadi_Ta_Askatasuna)

⁵² Consulta en internet: wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Euskadi_Ta_Askatasuna

Este grupo se formó en 1958 durante la dictadura franquista, y desde ahí ha sembrado una ola de miedo en Europa, haciendo que este sea uno de los mayores problemas sociales en la sociedad española, que fue donde se originó el grupo ETA.

Pese a que España se ha caracterizado por ser una potencia en varias etapas de la Historia, como lo mencionamos en líneas anteriores, se ha visto envuelto de varios factores externos e internos que no permiten un mayor desarrollo, uno de estos factores por ejemplo es que, tiene amplias oportunidades de trabajo artesanal, e incluso intelectual, es por ello que desde inicios del siglo XXI, muchos latinoamericanos migraron a España, intentando cumplir con el “sueño americano” que se vio truncado por la fuerte persecución y cuidado que existía y existe hacia Estados Unidos de Norteamérica.

Ciertamente, los migrantes dieron un gran impulso al ámbito económico español, también es necesario mencionar que España no puede lidiar con más de tres millones de personas extranjeras, de las cuales no todas han ingresado al país legalmente y que ciertamente también han sido un factor importante para el crecimiento de las organizaciones antisociales y que han fomentado el miedo, y aumentado la crisis social de la cual España ya había sufrido desde los años sesenta.

En los últimos tres lustros, la prensa española se ha visto en la necesidad de publicar los problemas de su sociedad; de estos se desprenden con mayor énfasis la violación a los derechos humanos, especialmente a los de primera y segunda generación, que obviamente inciden directamente en los de tercera generación.

Recordando brevemente a las etapas en las que nacieron los derechos, y a los que corresponden en su extensión, el orden es el siguiente: Los Derechos de Primera Generación son los que comprenden los derechos civiles y políticos:

Se conceden a todos los individuos -sin distinción de raza, edad, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, posición económica o cualquier otra condición- por el solo hecho de pertenecer al género humano. Los derechos políticos, en cambio, pertenecen a las personas en cuanto miembros activos del Estado, esto es en cuanto a *ciudadanos*.⁵³ (Borja, 2002, p.367)

Los Derechos de Segunda Generación se originaron para defenderse respecto al poder que ostenta el Estado, estos derechos son:

(...) la teoría del *Estado de derecho*, la limitación jurídica de la autoridad, la → *división de poderes*, la igualdad ante la ley, el → *habeas corpus*, la *tipicidad* en el orden penal, el → *laissez faire* en el ámbito económico, son todas expresiones de una actitud de profunda suspicacia hacia el poder político.⁵⁴ (Borja, 2002, p.368)

Laissez faire, significa “Expresión francesa, que completa dice: “*Laissez faire, laissez passer*” (dejar hacer, dejad pasar; es decir: permitid, tolerad toda iniciativa).”⁵⁵ (sic) (Cabanellas, 2008, p. 08)

Y los derechos de Tercera Generación, son los nuevos derechos, Borja los define de la siguiente manera:

La dinámica social contemporánea, con sus nuevos retos, planteamientos y angustias, ha llevado a descubrir los derechos de la *tercera generación* que protegen aspectos nuevos de la vida del hombre en comunidad. Su característica fundamental es que se extienden más allá de las fronteras nacionales, por lo que su

⁵³ Borja, R. (2002): Enciclopedia de la Política. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 367.

⁵⁴ Borja, R. (2002): Enciclopedia de la Política. México: Fondo de Cultura Económica, pp 368.

⁵⁵ Cabanellas, G. (2008): Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 08.

defensa tiene que hacerse a través de esfuerzos multilaterales.⁵⁶
(Borja, 2002, p.369)

Muchos autores los definen a estos derechos como los nuevos derechos o como los de la comunidad, ya que para su eficacia necesita de la acción de todos los Estados o de la decisión comunitaria internacional; tomando como referencia la Enciclopedia de la Política de Rodrigo Borja, los nuevos derechos son: “el derecho a la → *paz*, al → *medio ambiente sano*, a la → *planificación familiar* y a la solidaridad o → *injerencia humanitaria*.”⁵⁷ (sic) (Borja, 2002, p. 367)

Retomando la problemática social que enfrenta la sociedad española, lastimosamente es uno de los países con mayor violación a los derechos humanos; los migrantes o personas distintos a ellos sufren fuertes trastornos a causa de la xenofobia de los ibéricos. Este problema ha hecho que las personas sufran persecución, y afectación a todo tipo de libertades, es decir a los derechos de Primera, Segunda y Tercera Generación.

Así mismo, pese a que España es una potencia mundial, tiene fuertes deficiencias en la atención del área de la salud, de la educación, de la vivienda y un considerable porcentaje de la población vive, o mejor dicho sobrevive en estados de pobreza extrema.

La población española, al primero de enero del año 2010, según el Instituto Nacional de Estadística (INE) es de cuarenta y ocho millones trescientos cincuenta y un mil quinientos treinta y dos habitantes y a pesar de que es parte de la Comunidad Europea, es pionero y se ha abierto a nuevas modalidades en todo ámbito.

Muestra de ello es que España, en el año 2005, fue el primer país en el mundo, que aceptó el matrimonio entre las personas homosexuales así como la

⁵⁶ Borja, R. (2002): Enciclopedia de la Política. México: Fondo de Cultura Económica, pp 369.

⁵⁷ Borja, R. (2002): Enciclopedia de la Política. México: Fondo de Cultura Económica, pp 367.

adopción por parte de estas parejas. Nosotros no aprobamos este tipo de preferencias, pero respetamos a cada una de las personas, por el simple hecho de ser seres humanos.

Dentro del ámbito económico, que indirectamente afecta sobremanera a la sociedad, España entró en una fuerte recesión desde el año 2008 hasta el 2010, así como toda Europa.

Dentro de la Comunidad Europea está el Tratado de Ámsterdam, que fijó como objetivo primordial, establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptando medidas en el ámbito de la cooperación judicial civil. Para ello, el Consejo Europeo de Tápere de 1999, dentro de sus conclusiones, invitaban al Consejo y a la Comisión Europea a instaurar una legislación de los denominados métodos alternativos de resolución de litigios.

El Dr. Rafael Gil Nievas, es parte de la directiva de la mediación de la Comunidad Europea, el Dr. Manifiesta que en el estudio realizado en el ámbito de los ADR (alternative dispute resolution) dentro de la Comunidad Europea, se ha visto necesario intentar establecer procedimientos que resuelvan controversias, sin la tediosa necesidad de acudir a un proceso judicial.

Hemos realizado investigaciones, para determinar el estado en que se encuentra esta legislación, teniendo como resultado que en el año 2002, la Comisión Europea presentó un libro sin título, conocido como el libro verde, en el que estaban los estudios de factibilidad de incorporar la ley y la normativa sectorial de la Comunidad Europea. El sistema donde mejor se acoplaba fue esencialmente en el ámbito del consumo.

La consecuencia de este “libro verde” y del estudio de la Comisión Europea fue que junto con la Directiva de la Comunidad Europea se cree un Código de Conducta en materia de Mediación, pero este no era de carácter vinculante, pues establecía criterios base de los requisitos y conductas que debía cumplir

un mediador, pese a que su intención era la de incentivar a la gente a la autorregulación en base a una figura de un buen mediador.

La Directiva de Mediación de la Comunidad Europea, resolvió que como tal no tenía aplicación directa en las legislaciones de los Estados, sino que ellos debían poner la normativa de la Directiva a la legislación nacional, y es así que desde el 08 de julio de 2005, en la ley 15/2005 de modificación del Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio dice en su Disposición Final Tercera: “el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea...”, esto pertenece a la mediación familiar, que en España ha ido cobrando gran importancia dentro de la legislación, puesto que los cónyuges, dentro de la tramitación de los procesos pueden suspenderlo siempre y cuando sea de común acuerdo y se firme para ello un acta de conciliación o mediación.

Estos fueron los primeros pasos de la mediación en la Comunidad Europea y en este caso específico en España, en este último se hace obligatoria la conciliación que se realiza ante los Servicios de Mediación de la Administración Laboral previo a empezar un litigio laboral.

Así mismo en los Tribunales Civiles y para los procedimientos que tengan una cuantía superior a tres mil euros (3000 €) se determina un trámite obligatorio de conciliación posterior a la presentación de la demanda y contestación a la demanda dirigido por el Juez sustanciador de la causa, quien tiene la obligación de promover un acuerdo entre las partes, y si realmente es imposible que las partes lleguen a un acuerdo se continúa con el juicio.

CAPÍTULO IV

4 PROPUESTA DE REGLAMENTO A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

4.1 Inexistencia de reglamentación en el Ecuador

El Ecuador es un país maravilloso, pues cuenta con más de catorce millones de habitantes que son gente trabajadora, emprendedora, y que, a causa de la falta de fuentes de trabajo, se han visto en la obligación de migrar al extranjero para poder enviar remesas a sus familiares y así salir adelante, tiene además una extensión de más de doscientos cuarenta mil kilómetros cuadrados que contiene a las cuatro regiones diferentes, como son la Costa, la Sierra, el Oriente y Galápagos, cada una de ellas con su fauna y flora única que hace que el Ecuador sea un lugar único, especial y extremadamente turístico que atrae cada vez más, a cientos y miles de turistas.

Debemos dejar en claro, que pese a la riqueza que posee el Ecuador, no ha podido salir adelante y dejar atrás al estado en vías de desarrollo al cual pertenece y pasar a un país desarrollado, pues por muchos factores económicos, políticos y sociales el Ecuador ha quedado inmerso en la pobreza y la falta de organización, ha llevado a ser un país en el cual no es atractiva la inversión nacional y peor la extranjera por su inestabilidad política y económica principalmente, pues lo consideran un país con un altísimo riesgo.

No podemos pasar a lo medular del presente subcapítulo, sin mencionar lo ocurrido hace un par de años, cuando los representantes del Fondo Monetario Internacional (FMI) estaban haciendo visitas a los países en vías de desarrollo y que a su vez tienen y habían contraído una gran deuda externa, y así poder evaluar la situación de dichos Estados, pudiendo condonar la deuda a los mismos.

La primera noticia de un país Latinoamericano al que se le condonó la deuda fue Bolivia, pues notaron la falta total de recursos económicos y fuentes de donde se podría obtener lucro. Ecuador, por medio de sus representantes legales, esperó tener el mismo trato que Bolivia, pero los representantes internacionales no consideraron que mereciera la condonación de la deuda externa, pues el territorio ecuatoriano tiene muchas fuentes económicas activas, y que con una buena organización podrían pagar la deuda externa, y mejoraría sus condiciones de vida, así como llegar a estar dentro de los países desarrollados.

Era necesario presentar estos antecedentes, para explicar la triste realidad por la que atraviesa el Ecuador. Intelectualmente, contamos con mujeres y hombres muy inteligentes, capaces y con buena preparación académica, pero a nuestro criterio la política y las “amistades” son mucho más poderosas en relación a la capacidad de las personas para poder ocupar un cargo o función, este es el gran y mayor problema social que denominado por los sociólogos es el cáncer terminal de las sociedades.

Los ecuatorianos nos hemos caracterizado por ser poco estimados pues hemos reducido nuestra capacidad inventiva y creativa a lo mínimo y escaso posible, anulando completamente la parte intelectual en la que las personas podrían detectar los puntos débiles y defectos de las cuales se podría ser parte activa y ser gente productiva buscando soluciones y no el problema.

El Ecuador está catalogado como un experto imitador, tal es el caso que para la realización de los cuerpos legales normativos, reglamentarios e inclusive constitucionales ha importado leyes extranjeras para “adecuarlas” sin tomar en cuenta que nuestra realidad nacional es otra completamente distinta.

El caso más reciente, curioso y novedoso a la vez, es lo ocurrido con la Constitución de la República del Ecuador puesta en vigencia el 20 de octubre de 2008; cuando la Carta Magna fue presentada al Ejecutivo (Econ. Rafael

Correa Delgado) llegó con las ligeras fallas que se encontraban desde la primera página, misma que decía: “La monarquía española...” Y así mismo en varias hojas se había omitido *delete* (borrar) al escudo español.

¿Por qué las personas no pueden inspirarse en la realidad ecuatoriana para poder realizar leyes que realmente van a servir y estar totalmente acorde con la sociedad ecuatoriana?; y peor aún, así como somos expertos para importar leyes, también las exportamos, es por ello que uno de los países que imita casi textualmente los cuerpos legales es el Estado Boliviano, cayendo en los mismos errores que tenemos y haciendo un círculo vicioso del cual es casi imposible salir.

No consideramos mal que se puedan tomar partes importantes y que ayuden a mejorar los diseños de leyes de los países desarrollados para incorporarlos dentro de nuestras leyes, pero tomarlos en su totalidad, o por órdenes superiores, como si siguiésemos siendo colonia de algún Estado o monarquía, sin tomar en cuenta la realidad nacional y de los habitantes lo desaprobamos radicalmente.

En este contexto, lastimosamente en el Ecuador también somos “noveleros” y si una ley o una nueva estructura nace por la necesidad de los pueblos, nosotros también lo adoptamos, pero no con conciencia y voluntad, sino por no quedarnos atrás y ser parte de un mundo globalizado.

La ley de Arbitraje y Mediación de la cual tratamos en el capítulo segundo de esta tesis, es bastantante completa, y si se aplicara eficaz y eficientemente en el Ecuador fuera un gran alivio para la Función Judicial, que se siente agobiada con tantos procesos a los que no se les ha podido dar solución por la sobrecarga judicial.

La falta de reglamentación para la ley mencionada en el párrafo anterior, deja demasiada discrecionalidad para los Centros de Arbitraje y Mediación, ya que

ante la falta de reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación, cada centro elaboró un Reglamento para direccionar los procesos de arbitraje y mediación de los cuales va a conocer y ser parte dichos Centros.

A más de que se vieron en la necesidad de elaborar un reglamento para poder operar con la ley promulgada por primera vez el cuatro de septiembre de 1997 en el Registro Oficial N° 145, el Presidente de la República debía en el plazo máximo de noventa días expedir el Reglamento para esta ley, es más, hasta la fecha no se ha elaborado un reglamento para esta ley.

Pese a que el 14 de diciembre del año 2006, en el Registro Oficial No. 417, se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación derogando la publicada en el año de 1997, expresa exactamente la misma disposición, que el Presidente de la República, en el plazo de 90 días expida el reglamento para la aplicación a la ley, nuevamente, los Mandatarios han omitido u olvidado expedir el Reglamento a la ley de Arbitraje y Mediación.

4.2 Trascendencia de la Ley y su Reglamento

Por las bondades que ofrece la ley de Arbitraje y Mediación, es que se buscó la forma de poder aplicar este novedoso método para resolver conflictos en un menor tiempo posible e inclusive a un costo ínfimo comparado con la vía judicial ordinaria.

En el artículo 2 del Código de Comercio Ecuatoriano se define a los comerciantes de la siguiente forma: “Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.”⁵⁸ y una de sus obligaciones en teoría, es estar afiliados a las Cámaras de Comercio y Producción, ya que ofrece seguridad y respaldo tanto a los comerciantes como a los consumidores pues sobre todo en el área de importación, se cuenta con un organismo que resguarda los movimientos económicos y mercantiles,

⁵⁸ Código de Comercio, en Registro Oficial Suplemento No. 1202 De 20 de agosto. (1960)

teniendo estadísticas y porcentajes de las personas que están bajo esa modalidad de trabajo y las buenas calificaciones que tienen los exportadores del exterior hacia las importaciones al Ecuador. (VEÁSE: Código de Comercio, 2011)

Pero existen también Cámara de Comercio, Cámara de la Construcción, Cámara de Comercio Ecuatoriano – Americana, y en la mayoría de ellas, se han implementado Centros de Arbitraje y Mediación para facilitar la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos y porque pudieron determinar la agilidad con que los procesos obtenían resultados favorables para ambas partes.

Para poder poner como ejemplo, el Sr. Francisco Proaño Salvador, Presidente del Directorio de la Cámara de Comercio Ecuatoriano – Americana en el año 2003 escribe lo siguiente:

El Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, viene funcionando desde el 14 de Mayo del 2000. Nuestro Centro tiene como fin el de administrar y difundir los medios alternos de resolución de conflictos, con altísima calidad, seguridad jurídica y atención personalizada, constituyéndose así en un servicio más de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana para sus socios y público en general.⁵⁹

La función de las Cámaras es respaldar a sus afiliados, dar asesoría legal para manejarse adecuadamente dentro de lo legal, brindar capacitación, debatir problemas legales que aquejan a sus afiliados o proyectos de ley que pueden llegar a afectarlos, tratan los temas de las relaciones laborales tanto como trabajadores como empleadores, entre otros beneficios que brindan las Cámaras para sus afiliados es dar planes de seguridad para los comercios y

⁵⁹ Proaño, F.; Romero, D.; Corral, P. (2003): Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana. Quito: Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana. pp. 8.

comerciantes, así como planes de salud para el afiliado y su familia, todos estos beneficios ocurren y por cuotas sumamente bajas por los servicios prestados a cambio del bienestar de sus afiliados, que básicamente es su función primordial.

Es por las razones antes mencionadas, que las Cámaras se vieron en la necesidad de impulsar la reglamentación interna para poder aplicar los métodos alternativos de solución de conflictos, pues lo más importante para ellos es la celeridad para los procesos, el área comercial tenía la necesidad de aplicar lo más pronto posible la ley, pues podían acceder a recuperar su dinero para seguir operando en el giro habitual de su negocio rápidamente, pues como es de nuestro saber y entender los comerciantes necesitan tener su efectivo brevemente para poder trabajar, pues el giro de su trabajo está entorno a la rapidez con que fluyan los bienes y servicios.

Lo mencionado en el párrafo anterior es referente al ámbito comercial, mas la importancia y trascendencia del reglamento a la Ley va mucho más allá; el deseo de varias personas es que se puedan solucionar sus conflictos al margen de la justicia ordinaria, y que a la vez sus negociaciones y conversaciones tengan efecto sin la necesidad de someterse a tediosos y largos procesos judiciales que es bastante fuerte en la actualidad.

Si bien es cierto la ley de Arbitraje y Mediación fue hecha para materias en las cuales se puede transar, que en la teoría son la mayoría, puesto que en el mundo globalizado y comercial en el que vivimos, las relaciones humanas se pueden perder por diez dólares que realmente no lo valen frente a amistades de muchos años o las relaciones familiares que son para toda la vida.

El Dr. Arturo Javier Donoso Castellón, catedrático, penalista, asesor y Juez de gran trayectoria y reconocimiento en el Ecuador, mantiene un criterio, el cual también lo compartimos, las materias de Niñez, Familia y Mujer, actualmente no son susceptibles de llevar a mediación completamente. Lo ideal es que

estos temas deberían ser tratados con prioridad y mediante transacción, antes de someter a tortuosos procesos donde poco a poco se van mutilando el núcleo de la sociedad y así intentar salvar las relaciones primordiales y primarias de nuestros congéneres.

Para detallar mejor lo mencionado en el párrafo anterior, ponemos un ejemplo: una familia compuesta de mamá, papá e hijo están empezando a sufrir las terribles crisis económicas y sociales por las que atraviesan las familias ecuatorianas, la mamá no trabaja sino que se ha dedicado a las labores del hogar, el padre es un empleado en una constructora, el jefe es una persona pedante y que solo le importa su acrecimiento monetario a costa de maltrato físico y psicológico a los empleados, pero la necesidad económica obliga al padre de familia a quedarse en ese trabajo, pues él sabe que es el sustento de su familia y que por tanto dependen de él, por lo que no reclama ni dice nada a su empleador por mantener su empleo y ganar el pan para su familia. Bajo este panorama, generalmente la psicología masculina, indica que los hombres se van a desahogar con un ser más débil y de cierto modo inferior, siendo su modo de descargo ofensas físicas y psicológicas para su esposa e hijo.

Debemos entender y comprender que las personas no nacen con esta manera de tratar a las personas, y por ello ante tanta presión, se descargan con los más débiles, que más del cincuenta por ciento de las personas es con su familia. El criterio del Dr. Arturo Donoso es que se debería tratar a las familias dentro de su entorno para intentar preservar el núcleo de la sociedad, para arreglar aquellas controversias que por varios factores ha afectado a la familia, y que por el único hecho de amar a su familia se puede llegar a entender el daño que se está causando y gracias al amor filial es posible perdonar y empezar de nuevo.

Esta utopía, difícil de alcanzar es una de las metas que se deberían plantear los legisladores en conjunto con las Direcciones Nacionales y Provinciales de la Niñez y la Familia, pues no debemos olvidar que una sociedad es el reflejo de

la familia. Es por ello que nuestra sociedad se ha ido empeorando cada vez más, los padres de familia deben migrar en busca de nuevos horizontes para mantener a sus familias, desintegrando así a las familias y mutilando los valores que solamente los padres y una familia unida lo logra.

Obviamente, la mejor forma de poder aplicar la Ley de Arbitraje y Mediación es teniendo un Reglamento donde se pueda especificar el modo de aplicación y así construir una sociedad basada en el respeto y una cultura de paz.

4.3 La función Ejecutiva como responsable obligado de reglamentar la mediación

Como lo anotamos en líneas anteriores, la función legislativa creó la ley de Arbitraje y Mediación, es decir la parte sustantiva de la norma, más la función Ejecutiva no ha cumplido con su labor de realizar la parte adjetiva de la ley de Arbitraje y Mediación.

Se mencionó en capítulos anteriores, la Ley tuvo su primera publicación en el Registro Oficial y entró en vigencia el 4 de septiembre de 1997, estando como Presidente Interino de la República del Ecuador Fabián Alarcón, pero como conocemos la historia del Ecuador, y la inestabilidad política que Ecuador ha tenido, el gobierno y las funciones de dicho mandatario no llegaron a cumplirse, y para ello solicitó y llamó a una Asamblea Nacional Constituyente para expedir la Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada el 5 de junio de 1998 en la ciudad de Riobamba, pero cuya vigencia sería cuando se posesione el nuevo Presidente de la República, es decir Jamil Mahuad Witt, derogando la Constitución vigente, la de 1979.

La Constitución de 1979, en su artículo 78 literal c, decía lo siguiente: “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: (...) c) dictar los reglamentos para la aplicación de las leyes, que no puede interpretarlas ni

alterarlas;⁶⁰ es decir, que una de las obligaciones del Presidente de la República era realizar el reglamento a las leyes. (VÉASE: Constitución Política de la República del Ecuador, 1979)

En este caso, tomando en cuenta la disposición general de la Ley de Arbitraje y Mediación, que corresponde al artículo 61 del mismo cuerpo legal: “El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley.”⁶¹ Entonces tomando en cuenta lo descrito en el artículo mencionado, el Presidente de la República, en estricto derecho, debía realizar el Reglamento de aplicación a la ley de Arbitraje y Mediación hasta el 3 de diciembre del mismo año. (VÉASE: Ley de Arbitraje y Mediación, 2011)

Así mismo, suponiendo que por la inestabilidad política que sufría el país en aquel entonces, el Presidente colocó como prioritarios otros temas dejando la reglamentación a la Ley, dejó pasar la disposición constitucional y entró en vigencia un nuevo cuerpo constitucional.

En el año de 1998, después de la puesta en vigencia la Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 171 numeral 5 se establecía que: “Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: (...) 5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”⁶² (VÉASE: Constitución Política de la República del Ecuador, 1998)

Denota claramente el deber que tenía el Presidente de la República para realizar un mandato constitucional, pese a ello, la Carta Magna antes

⁶⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 800 De 27 de marzo (1979).

⁶¹ Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).

⁶² Constitución Política de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 1 De 11 de agosto (1998).

mencionada tuvo una vida de diez años y un par de meses, y en ninguno de los gobiernos que antecedieron, se tomaron el tiempo necesario para subsanar este pendiente, pues así como no se ha expedido el reglamento de aplicación a la Ley de Arbitraje y Mediación, varias normas jurídicas también han sido descuidadas. Creemos que esto es fruto de que ante tal vacío jurídico y la necesidad de aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, la acción de las Cámaras del Ecuador, así como también otros organismos como el Colegio de Abogados de Pichincha (este último solo cuenta con el método alternativo de mediación y no de arbitraje), pusieron en marcha la tarea que la función Ejecutiva no la ha realizado en casi catorce años.

El actual mandatario, economista Rafael Correa Delgado, como una de los primeros ofrecimientos de campaña, llamó a consulta popular para preguntar al pueblo si deseaba cambiar la Constitución actual (de 1998), por una que se adapte mejor a la realidad nacional y a los cambios que él deseaba, el resultado fue la aprobación del pueblo ecuatoriano, y la Asamblea Nacional Constituyente que se instaló en Montecristi, provincia de Manabí se aprobó la Carta Magna actual y entró en vigencia el 20 de octubre de 2008.

En la actual Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 147, numeral 13 se dice lo siguiente:

Son atribuciones de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: (...) 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.⁶³ (VÉASE: Constitución de la República del Ecuador, 2011)

Como hemos notado, en tres Constituciones, se encontraba y encuentra dispuesto que la función Ejecutiva debía realizar el reglamento correspondiente

⁶³ Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).

para la ley de Arbitraje y Mediación, pero como lo mencionamos, los gobiernos no se han dado el tiempo necesario para reglamentar a una ley que ha ayudado muchísimo en el Ecuador.

Debemos dejar en claro que, nosotros no estamos ni a favor ni en contra de ningún gobierno, o candidato, pero si reclamamos la falta de actividad por parte de los mandatarios de turno para cumplir con sus deberes constitucionales que han sido omitidos o que no se los ha cumplido por tratar otros temas y no darle la importancia que realmente tiene, pues no olvidemos que como ya lo mencionamos en capítulos anteriores, la Ley de Arbitraje y Mediación es una Ley Especial, y como tal debió haberse tratado y expedido el Reglamento con la brevedad requerida.

4.4 Propuesta y modelo de reglamento de la ley de Arbitraje y Mediación

Basándonos en los Reglamentos de las Cámaras de Comercio de Quito, Ecuatoriano- Americana, y de países con mayor desarrollo en esta rama del Derecho, como el Reglamento de Argentina y Colombia, hemos intentado recopilar las normas más aplicables y que mejor se adapten a la realidad nacional para proponer un modelo de Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

En primera instancia la intención de este trabajo de titulación era el de proponer un reglamento a la ley de arbitraje y mediación, pero solamente sería enfocado en el área de la mediación, pero no podemos deslindarnos de la necesidad que tiene la sociedad ecuatoriana de tener una norma suprema que permita la correcta aplicación de la ley de Arbitraje y Mediación, es por ello que en la propuesta de Reglamento también está incluido el arbitraje.

4.4.1 Proyecto de reglamento a la ley de Arbitraje y Mediación

CAPÍTULO I

Definición y objetivo

Art. 1.- Este reglamento tiene por objeto regular las disposiciones establecidas en la ley de Arbitraje y Mediación para que mediante este se contribuya a la solución de conflictos por medio de la utilización de diversos métodos alternativos de solución de conflictos, con especial énfasis en el arbitraje y la mediación.

Art. 2.- Con el propósito de unificar los procedimientos y actividades de los Centros de Arbitraje y Mediación, todos los Centros deberán modificar sus reglamentos internos con sujeción al presente reglamento.

Atribuciones y responsabilidades de los Centros de Mediación y Arbitraje

Art. 3.- Los Centros de Arbitraje y Mediación tendrán las siguientes atribuciones y responsabilidades:

1. Promover y fomentar la utilización de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación y el arbitraje:
2. Promover y tramitar la negociación y la conciliación en los trámites que se sometan a su conocimiento de aquellas controversias que se sometan a su jurisdicción que, de acuerdo con la Ley pueden ser tramitadas por esta vía;
3. Cumplir y hacer cumplir los principios procesales, teniendo en cuenta como principio primordial la confidencialidad de los procesos.

4. Expedir un reglamento interno, acorde con la Ley, el presente reglamento y leyes conexas;
5. Contar con lista de árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos conforme a su especialidad;
6. Designar a los árbitros y mediadores de conformidad la Ley y al presente Reglamento;
7. Cumplir y hacer cumplir los principios procesales, teniendo en cuenta como principio primordial la confidencialidad de los procesos.
8. Llevar un archivo sistematizado de las actas de mediación y de los laudos arbitrales, que permitan la consulta y expedición de copias certificadas en los casos autorizados por la Ley, así como el conocimiento cualitativo del desarrollo de los Centros de Arbitraje y Mediación;
9. Desarrollar programas de capacitación y formación de profesionales sobre métodos alternativos de solución de conflictos para árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, así como para el público en general, con la colaboración de universidades, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y procurando el apoyo y coordinación entre los centros de Arbitraje y Mediación;
10. Realizar estudios en los campos de los métodos alternativos de solución de conflictos;
11. Dar asesoría a centros de Arbitraje y Mediación;
12. Mantener, fomentar y celebrar acuerdos y tratados internacionales, que busquen afianzar relaciones e instituciones nacionales e internacionales

en el ámbito de métodos alternativos de solución de conflictos, con especial énfasis en el arbitraje y la mediación;

13. Trabajar conjuntamente entre los centros de Arbitraje y Mediación establecidos en el Ecuador, y;

14. Las demás que determinen la Constitución y la Ley.

CAPÍTULO II

DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Art. 4.- Los centros de Arbitraje y Mediación, administrativamente deberán estar conformados de la siguiente manera:

- a) Directorio
- b) Director del Centro
- c) Subdirector
- d) Árbitros, mediadores y secretarios arbitrales.
- e) Oficiales de los demás métodos alternativos de solución de conflictos que el Centro pueda manejar.

Art. 5.- El Directorio será el máximo órgano regulador de los centros de Arbitraje y Mediación y estará integrado por cinco miembros. Los miembros serán los siguientes:

- 1. Delegado del Consejo de la Judicatura;
- 2. Delegado de la Corte Nacional de Justicia;
- 3. Delegado de la Federación Nacional de Cámaras;
- 4. Delegado de la Federación Nacional de Abogados; y
- 5. Representante de los Centros de Arbitraje y Mediación del país o su delegado.

Art. 6.- La Presidenta o Presidente del Directorio será elegido de entre sus miembros con voto de mayoría simple.

Art. 7.- La Vicepresidenta o el Vicepresidente del Directorio será elegido de entre sus miembros con voto de mayoría simple.

Art. 8.- La Secretaria o el Secretario del Directorio deberá ser elegido de entre sus miembros con voto de mayoría simple.

SECCIÓN I

DEL DIRECTORIO

Art. 9.- El Directorio está dirigido por la Presidenta o el Presidente y la Vicepresidenta o el Vicepresidente y durarán dos años en sus funciones.

Art. 10.- La convocatoria a las reuniones del Directorio las hará la Presidenta o el Presidente del Directorio, por medio de oficio, fax, e-mail u otro similar, adjuntándose el orden del día a tratarse. Esta comunicación deberá ser enviada con por lo menos quince días de anticipación a la fecha de reunión, y siempre por escrito.

Art. 11.- El Directorio sesionará ordinariamente cada tres meses, y de ser el caso sesionará extraordinariamente en cualquier momento para conocer los asuntos a los que hubiere lugar.

Art. 12.- La convocatoria para sesionar extraordinariamente deberá ser enviada al menos con ocho días de anticipación a la fecha de la reunión.

Art. 13.- Las sesiones se regirán a lo que disponga el reglamento interno de cada centro de Arbitraje y Mediación; tomando en cuenta que las disposiciones no pueden ser contrarias a este reglamento, a la ley o a leyes conexas.

Art. 14.- Las resoluciones del Directorio se tomarán por mayoría simple de votos; solamente si hubiere un empate el Presidente del Directorio tendrá el voto dirimente.

Art. 15.- Se deberá levantar una acta que contenga un sumario de las decisiones y deliberaciones sobre los puntos tratados en las sesiones, la misma que deberá estar firmada por el Presidente y el Secretario del Directorio necesariamente, para su validez y eficacia.

Art. 16.- Serán funciones del Directorio las siguientes:

- Aprobar los Centros de Arbitraje y Mediación que van a entrar en funcionamiento, su organización interna y su reglamento interno.
- Velar porque los Centros de Arbitraje y Mediación cumplan con la ley de Arbitraje y Mediación y con el presente Reglamento.
- Revisar cada año las listas oficiales de los Centros de Arbitraje y Mediación, y tomar en cuenta las hojas de vida de los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, y peritos que trabajen en los Centros de Arbitraje y Mediación. Se establecerá políticas claras de actualización de conocimientos en mediación y arbitraje para los servidores en las dos materias antes mencionadas.
- Conocer y aprobar los informes anuales de los Centros de Arbitraje y Mediación.
- Aprobar la organización interna de los Centros de Arbitraje y Mediación en funcionamiento.
- Designar previo concurso de Oposición y Méritos al Director y Subdirector de cada Centro de Arbitraje y Mediación.

- Aprobar un pliego tarifario que contenga los costos respectivos al arbitraje y a la mediación; mismo que será revisado cada dos años.
- Las demás que designe la Ley.

SECCIÓN II

DE LOS DIRECTORES DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Art. 17.- Los centros de Arbitraje y Mediación contarán con un Director, mismo que será el responsable de la administración y control del Centro a su cargo, sin perjuicio de las establecidas en este reglamento y en el reglamento interno.

Art. 18.- El Director deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener título de Abogado;
- b) Tener al menos 10 años de experiencia profesional como abogado en libre ejercicio;
- c) Acreditar conocimientos de métodos alternativos de solución de conflictos, así como de administración de centros y cualidades de liderazgo;
- d) Tener al menos un título de posgrado en área de Mediación y Arbitraje.
- e) Tener condiciones de probidad y excelencia notorias.

Art. 19.- Las atribuciones y deberes del Director a más de las señaladas para el Centro, serán las siguientes:

1. Dirigir, organizar y administrar el Centro de Arbitraje y Mediación a su cargo.
2. Velar por el correcto funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación, así como la excelente prestación de servicios, de manera eficaz, eficiente y conforme a la Ley y al Reglamento.

3. Calificar las demandas arbitrales y tramitar la etapa inicial de los procedimientos arbitrales de conformidad a la ley de Arbitraje y Mediación.
4. Cooperar con la actuación de los Tribunales y secretarios arbitrales.
5. Coordinar y organizar programas de difusión de mediación y arbitraje, su investigación y desarrollo conjuntamente con organismos nacionales e internacionales.
6. Coordinar con los Directores de otros Centros de Arbitraje y Mediación planes de autogestión y desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos, así como suscribir acuerdos de cooperación entre ellos.
7. Expedir certificaciones de los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, y peritos que trabajen en los Centros de Arbitraje y Mediación.
8. Presentar el Plan Operativo Anual (POA) e Informe al Directorio.
9. Proponer al Directorio reformas en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación o del Reglamento interno, para que a su vez, se llegue a presentar al Presidente de las República.
10. Elaborar programas de capacitación sobre métodos alternativos de solución de conflictos conforme establece la Ley de Arbitraje y Mediación, para árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos y público en general.
11. Ejercer las funciones que el Directorio le asigne conforme a la Constitución y la Ley.

12. Posesionar a los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos para el correcto procedimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos que se aplicarán en el centro de Arbitraje y Mediación.

13. Las demás que le asigne el Directorio, la Ley y los Reglamentos.

SECCIÓN III

DE LOS SUBDIRECTORES DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Art. 20.- El Centro de Arbitraje y Mediación contará también con un Subdirector quien ejercerá las funciones establecidas en este reglamento y en el reglamento interno. Además de las funciones que le encargue el Directorio y el Director.

En caso de ausencia o impedimento temporal del Director del Centro, las funciones del Director serán ejercidas por el Subdirector como Director Encargado.

Art. 21.- El Subdirector deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener título de Abogado;
- b) Tener al menos 5 años de experiencia en el área de Mediación y Arbitraje;
- c) Acreditar conocimientos de métodos alternativos de solución de conflictos;
- d) Tener condiciones de probidad y excelencia notorias.

Art. 22.- Las atribuciones y deberes del Subdirector del Centro, serán las siguientes:

- 1. Actuar como Director Encargado del Centro de Arbitraje y Mediación en caso de ausencia, impedimento temporal o renuncia del Director del Centro de Arbitraje y Mediación hasta que se designe el nuevo titular.

2. Servir de secretario Ad-hoc en la instalación de Tribunales cuando fuera necesario.
3. Llevar un registro sistematizado de los procedimientos arbitrales y de mediación presentados ante el Centro de Arbitraje y Mediación.
4. Verificar el desarrollo de las audiencias de mediación, audiencias de sustanciación, estrados y otras en cumplimiento de los deberes de los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos.
5. Las demás que le asigne el Directorio, el Director y la Ley.

SECCIÓN IV

DE LOS ÁRBITROS, MEDIADORES, SECRETARIOS ARBITRALES Y PERITOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Art. 23.- La lista oficial de árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos será aprobada por el Directorio junto con el Director y el Subdirector del Centro de Arbitraje y Mediación del cual serán parte; el Director y el Subdirector del Centro de Arbitraje y Mediación tendrán voz pero no voto en estas decisiones.

Art. 24.- Los interesados en integrar dichas listas deberán hacer una solicitud al Director del Centro para que este, después de revisar y verificar que cumplen con los requisitos necesarios, remita mediante oficio al Directorio para su aprobación.

Art. 25.- La solicitud deberá contener:

- a) Nombres completos del aspirante;
- b) Nacionalidad;
- c) Profesión

- d) Lugar de residencia, dirección, teléfono y dirección electrónica.
- e) La hoja de vida y los documentos habilitantes que acrediten la veracidad de lo estipulado en la hoja de vida.

Art. 26.- El Director enviará junto con las solicitudes un informe de cada uno de los postulantes al Directorio, mismo que podrá aprobar o rechazar la solicitud, en el último caso deberá emitir un informe motivado, indicando las razones por las cuales no aprueba a dicho postulante.

A partir de la aprobación los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos durarán un año en sus funciones, pudiendo ser renovados cada año, previa petición del Director al Directorio que emitirá un visto bueno.

Art. 27.- Los requisitos para ser autorizado como árbitro, mediador, secretario arbitral o perito son los siguientes:

- b) Justificar al menos 10 años de experiencia profesional;
- c) Justificar mediante acreditaciones los conocimientos suficientes en la materia, sea esta de mediación, arbitraje o perito en la materia.
- d) Acreditar idoneidad profesional, moral y ética.
- e) Tener título de cuarto nivel, idóneo para cualquier área.
- f) No desempeñar cargo administrativo o directivo en el Centro de Arbitraje y Mediación que ostente tal designación.

Para los mediadores deberá acreditar una capacitación teórico – práctica de ochenta horas en Mediación.

Art. 28.- Los deberes y obligaciones de los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos además de las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y su reglamento, son las siguientes:

1. Desempeñar fielmente los cargos, respetando los principios de confidencialidad, reserva, imparcialidad, neutralidad, probidad e igualdad en todo el transcurso del proceso.
2. Actuar con diligencia y prontitud, llevando la sustanciación del proceso con la mayor eficacia y eficiencia, respetando la Ley y los reglamentos.
3. Dictar medidas cautelares conforme lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación.
4. No comunicarse con una parte con carácter de privado, sin que la otra parte conozca de las reuniones con la contraparte, debiendo tener el mismo tratamiento para ambas partes procesales.
5. Excusarse de conocer una causa conforme dicta el Código de Procedimiento Civil en el artículo 856.
6. Llevar y mantener los procesos de los métodos alternativos de conflictos conforme a la Ley y los reglamentos.
7. Posesionarse debidamente para el procedimiento alternativo de resolución de conflictos, ante el Director del Centro.
8. Facilitar y procurar la resolución de los conflictos por medio del arbitraje, la mediación así como de otros métodos alternativos de solución de conflictos.

Art. 29.- Los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos deberán ser excluidos del proceso y del Centro de Arbitraje y Mediación por cualquiera de las siguientes causales:

1. Por incumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos por la Ley, el presente reglamento, los reglamentos internos de los Centros de Arbitraje y Mediación y leyes conexas.
2. Por no aceptar la designación realizada por el Director del Centro sin causa justificada y debidamente motivada.
3. Por no concurrir a la audiencia sin causa justificada.
4. Por no concurrir por tercera ocasión consecutiva a una audiencia o a las audiencias que se encuentren bajo su responsabilidad, pese a que tenga motivos justificados.
5. Por la pérdida total o parcial de los expedientes.
6. Por ser sancionado penal, civil o disciplinariamente; a esto también se refiere que sea sancionado dentro de un juicio de alimentos.
7. Por faltar a los principios básicos y fundamentales a los cuales se refiere la ley de Arbitraje y Mediación, el presente reglamento y leyes conexas.
8. Por mal manejo, o manejo antiético de los expedientes resueltos o que se encuentren en el archivo del Centro de Arbitraje y Mediación al cual pertenece.
9. Por falta de apoyo, coordinación o participación en las actividades académicas, de promoción, capacitación o cooperación que estén dirigidas por el Directorio o por el Centro de Arbitraje y Mediación al cual pertenece.

Art. 30.- La exclusión deberá ser resuelta por el Directorio, bajo petición motivada del Director del Centro de Arbitraje y Mediación.

Art. 31.- La decisión del Directorio con respecto a la exclusión de la lista oficial del centro no podrá ser apelada.

Art. 32.- El Presidente del Directorio deberá convocar a una audiencia especial oral de prueba y juzgamiento a la cual deberá concurrir el árbitro, mediador, secretario arbitral o perito para ejercer su derecho a la defensa.

Art. 33.- La convocatoria contendrá, el día, la fecha, la hora y el lugar donde se dará lugar a la audiencia especial oral de prueba y juzgamiento, la petición motivada del Director del Centro de Arbitraje y Mediación, y la admisión por parte del Directorio a dicho trámite.

Art. 34.- En la audiencia especial oral de prueba y juzgamiento, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación, o su delegado presentará las pruebas de cargo, y el árbitro, mediador, secretario arbitral o perito presentará las pruebas de descargo.

Art. 35.- El Directorio tendrá tres días término posteriores a la audiencia, para emitir un informe motivado y tomar una resolución respecto a las pruebas de cargo y de descargo presentadas en la audiencia especial oral de prueba y juzgamiento.

Art. 36.- Si en la primera convocatoria a la audiencia especial oral de prueba y juzgamiento el árbitro, mediador, secretario arbitral o perito no asistiere, se hará una nueva convocatoria con nuevo día hora y fecha para su comparecencia.

Art. 37.- Si en la segunda convocatoria a audiencia especial oral de prueba y juzgamiento el árbitro, mediador, secretario arbitral o perito no asistiere nuevamente, se realizará la audiencia y será juzgado en rebeldía.

CAPÍTULO III

SECCIÓN I

DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Art. 38.- Para existir un proceso arbitral es necesario presentar el escrito o convenio en el cual las partes aceptan someterse a jurisdicción arbitral, rechazando la administración de justicia ordinaria.

Art. 39.- El proceso arbitral deberá constar en una carpeta debidamente foliada, y deberá contener una carátula en la que deberá constar:

- a) Número del proceso;
- b) Número de cuerpo del expediente;
- c) Nombre del actor o actores;
- d) Nombre del demandado o de los demandados;
- e) Números de las cédulas de ciudadanía de los comparecientes, y copias a color de las cédulas de ciudadanía o pasaporte.
- f) Materia sobre la cual versa el procedimiento arbitral;
- g) Nombres completos de los árbitros, secretarios arbitrales que fueron sorteados para la causa;
- h) Números telefónicos, direcciones electrónicas y direcciones de las partes, árbitros y secretarios designados;
- i) Convenio o escrito en el que las partes aceptan someterse a jurisdicción arbitral.

Art. 40.- Los procesos arbitrales deberán permanecer en el Centro de Arbitraje y Mediación y por ningún motivo podrán ser trasladados a ningún otro sitio, obviamente esto no impedirá las consultas por parte de las partes procesales ni de los árbitros o secretarios designados.

Art. 41.- En caso de realizar audiencias fuera de las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación el expediente saldrá bajo responsabilidad del árbitro o los árbitros del Centro.

Art. 42.- Las citaciones y notificaciones deberán ser realizadas en los domicilios judiciales que para el efecto hayan señalado las partes procesales y deberán constar con la razón de notificación y de recibido tanto del secretario como de las partes respectivamente.

Art. 43.- Si en los domicilios señalados no hubiere persona alguna que reciba las citaciones o notificaciones, se deberá sentar una razón de este hecho, la misma que se agregará al proceso, entendiéndose válidamente realizada la citación o notificación. El acto de citar podrá realizarse válidamente por un funcionario o por un comisionado del Centro de Arbitraje y Mediación, pudiendo hacerlo un delegado designado por el Centro a una institución competente para que lo realice fuera del estado Ecuatoriano, tomando en cuenta la petición de exhorto que debe ser realizada por el Director del Centro a la autoridad diplomática.

Art. 44.- Si al actor o actores les fuere imposible determinar el o los domicilios de los demandados, bajo juramento, la citación se realizará mediante tres publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar donde se sigue el proceso arbitral. El costo de las publicaciones estarán a cargo del actor.

Art. 45.- Cuando la citación o notificación se la haya realizado por la prensa o por fax, el Director del Centro, antes de la audiencia de sustanciación, deberá sentar una razón a la que se adjuntará la fecha y el nombre del periódico o, la constancia del envío a través del fax.

Art. 46.- La documentación que presenten las partes al Centro de Arbitraje y Mediación deberá ser receptada en el Centro, y llevará la fe de recepción que

necesariamente debe incluir la fecha, hora, firma y nombre de la persona que recibió la documentación, así como el sello del Centro.

Art. 47.- Las partes deberán adjuntar a los escritos y/o documentación presentada la misma cantidad de ejemplares a cuantas partes intervengan en el proceso arbitral.

Art. 48.- Si las partes no designaron al árbitro o árbitros que actúen en la causa, o no han llegado a un acuerdo para determinarlos, la designación se hará por sorteo de entre los árbitros que se encuentren en la lista del Centro, para dicho procedimiento, el Director del Centro notificará a las partes a fin de que en la fecha y hora que se señale, se efectúe el sorteo.

Art. 49.- Del artículo anterior, se sentará el acta respectiva, para que el árbitro o los árbitros queden legalmente posesionados para actuar en la causa.

Art. 50.- El sorteo de los árbitros se realizará de entre los que conocen la materia motivo del procedimiento arbitral, tomando en cuenta que si el arbitraje es en derecho, se lo realizará únicamente entre los árbitros que sean abogados.

Art. 51.- El proceso arbitral, deberá ser un procedimiento oral, por lo cual, las audiencias se ventilarán oralmente, incluyendo las diligencias de las pruebas.

Art. 52.- Todas las actuaciones deberán constar en actas, mismas que se adjuntarán de forma física a los expedientes correspondientes, tomando en cuenta que debe ir con la razón de notificación respectiva.

Art. 53.- En caso de ausencia temporal del Presidente del tribunal arbitral, este podrá delegar la sustanciación del juicio a cualquiera de los otros árbitros que integren el tribunal arbitral, en caso de no existir dicha delegación la sustanciará de los otros árbitros que integren el tribunal arbitral.

Art. 54.- Una vez que se ha aceptado mediante providencia el desglose de documentos, el Director del Centro, antes de la audiencia de sustanciación, o el secretario del tribunal, después de esta, deberá sentar una razón sobre las piezas o documentos desglosados con la indicación de la providencia donde se ordenó, y los nombres completos, así como su número de identificación de la persona que recibe la documentación.

Art. 55.- La razón deberá constar al reverso de las copias originales de los documentos desglosados, las mismas que se incorporarán al proceso en el mismo lugar donde se encontraban los originales, sin alterar la foliación.

Art. 56.- Una vez practicadas las diligencias probatorias, o realizada la audiencia de estrados, el tribunal arbitral mantendrá reuniones privadas para dictar el laudo arbitral.

Art. 57.- El laudo arbitral necesariamente deberá contener lo siguiente:

- a) Lugar, fecha y hora de emisión del laudo.
- b) Nombres completos de las personas naturales o razón social y nombres completos de sus representantes, tanto de la parte actora como de la demandada.
- c) Nombres completos de los árbitros que conforman el tribunal arbitral.
- d) Detallar los antecedentes, es decir el caso planteado por las partes y las circunstancias que han sido materia del procedimiento arbitral.
- e) La argumentación de la decisión del caso, detallando motivadamente las circunstancias por lo que se llegó al laudo arbitral.
- f) La fijación de las costas y la determinación de la parte que debe hacerse responsable de las costas.
- g) La liquidación de los costos del arbitraje y la determinación de la parte que debe hacerse responsable.

Art. 58.- De modo excepcional, la liquidación de costas y otros valores detallados podrá realizarse posterior a la emisión del laudo, en un documento aparte, pero que necesariamente deberá adjuntarse al laudo.

Art. 59.- Conforme lo dispuesto en la ley de Arbitraje y Mediación, el original del laudo arbitral será incorporado al expediente, y a las partes procesales se les entregará una copia certificada del laudo.

Art. 60.- En el caso de que el arbitraje haya sido confidencial, únicamente las partes procesales, los apoderados o los procuradores judiciales de las partes podrán solicitar copias certificadas.

Art. 61.- La notificación del laudo arbitral a las partes después de que haya operado la ejecutoriedad del mismo, es decir los tres días contados conforme lo señalado por la Ley de Arbitraje y Mediación, implica el fin del proceso arbitral respecto de las funciones de los árbitros en el juicio arbitral, así como de las partes. Para esto no será necesario ninguna otra notificación o acto procesal posterior.

CAPÍTULO IV

SECCIÓN I

DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Art. 62.- Conforme a la ley de Arbitraje y Mediación, el procedimiento de mediación será de carácter confidencial, salvo renuncia expresa de las partes a renunciar la confidencialidad.

Art. 63.- El procedimiento de mediación se iniciará con la solicitud al Centro de Arbitraje y Mediación, misma que debe estar suscrita por las partes en conjunto.

Art. 64.- La solicitud de mediación deberá constar por escrito, y estará dirigido al Director del Centro de Arbitraje y Mediación, misma en la que se solicitará la designación de un mediador que intervenga como facilitador para alcanzar el acuerdo respecto a la controversia presentada.

Art. 65.- La petición podrá ser presentada por una o varias partes o sus representantes, siempre que ellos se encuentren debidamente facultados.

Art. 66.- El escrito de solicitud deberá contener los siguientes puntos:

- a) Nombres y apellidos de las partes.
- b) Números de las cédulas de ciudadanía de los comparecientes, y copias a color de las cédulas de ciudadanía o pasaporte.
- c) Direcciones de las partes para notificaciones, así como los números telefónicos, de fax, y los correos electrónicos.
- d) Síntesis de la naturaleza del conflicto materia de la mediación.
- e) El estimado del valor cuantitativo del asunto que se va a someter a mediación, o en su defecto especificar la no posibilidad de determinar la cuantía de la materia del conflicto.
- f) Los documentos que sean necesarios para someter el conflicto a mediación.

Art. 67.- Recibida la solicitud de mediación, el Director del Centro en el plazo de tres días procederá a designar al mediador por el sistema o modalidad más idónea que considere el Centro, se lo realizará tomando en cuenta la materia que va a someterse a mediación y la especialización del mediador.

Art. 68.- En caso emergente, o si las partes solicitan a un mediador en específico de la lista oficial de mediadores del Centro de Arbitraje y Mediación, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación, podrá designar a un mediador sin aplicar dicha modalidad.

Art. 69.- En cualquier caso, el mediador deberá oficializar por escrito su aceptación ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación en un término de dos días a partir de la recepción de su designación.

Art. 70.- Si el mediador no oficializara su designación en el término establecido, el Director del Centro deberá realizar una nueva designación.

Art. 71.- Después de posesionado, el mediador emitirá una citación y/o notificación a las partes en los domicilios señalados en la petición, señalando fecha y hora en la que se dará lugar a la audiencia de mediación.

Art. 72.- El deber primordial del mediador es actuar con total imparcialidad y confidencialidad, así como dar la igualdad en el trato a las partes procesales dentro de la mediación.

Art. 73.- El mediador no tiene facultad para imponer acuerdos entre las partes, mas su obligación, es procurar que las partes alcancen un acuerdo que les satisfaga y que ellas sean quienes obtengan el mejor acuerdo alcanzado en la negociación que ocurre dentro de la mediación.

En la audiencia de mediación, deberá siempre ser el tercero neutral que estimule a las partes a presentar opciones y alternativas para resolver las divergencias respecto al tema en controversia.

Art. 74.- Si las partes actúan por medio de apoderados o representantes, deberán legitimar su comparecencia e informar al mediador y a la contraparte.

Art. 75.- Para la audiencia de mediación, las partes procesales deberán tomar en cuenta las reglas básicas de comportamiento dentro de una diligencia judicial, y a más de ellas las siguientes:

1. Por ningún motivo se podrá tratar temas personales que perjudiquen la mediación y que no sean motivo de la controversia.
2. Se evitará tratar asuntos legales de jurisdicción ordinaria, o aquellas que son tendientes a intimidar o influir en la mediación entre las partes.
3. El mediador deberá tomar nota sobre los puntos en controversia, así como de las posibles soluciones planteadas por las partes.
4. Durante el proceso de la audiencia de mediación, el mediador podrá realizar las preguntas que creyere necesarias y convenientes, con el fin de comprender el litigio sometido a esta jurisdicción.
5. La audiencia de mediación y las reuniones que por esta razón mantuvieren el mediador con las partes en conjunto o por separado, son de carácter estrictamente privado y confidencial. Otras personas podrán asistir solo con el consentimiento de las partes y el mediador.
6. Si el mediador considera necesario reunirse con las partes por separado, es su obligación comunicar a la parte contraria con anticipación.
7. Todas las conversaciones, comentarios y discusiones que se realicen en el proceso de mediación, así como los documentos que se exhiban serán totalmente confidenciales y no pueden ser usados como prueba en contra de la otra parte en acciones legales futuras.
8. La audiencia se llevará a cabo con el mayor respeto y cordialidad, sobre todo tomando en cuenta los puntos de vista de las partes.
9. Si el mediador considera necesario, podrá solicitar la presencia de un tercero experto en la materia, es decir un perito, previo consentimiento de las partes. El mismo podrá actuar como asesor – consultor en

asuntos técnicos relativos al tema controvertido. Para ello las partes deberán coincidir en los honorarios del perito y cancelar previo al posicionamiento del perito.

10. Durante el proceso de mediación no se podrán realizar grabaciones ni de audio ni de video, salvo que las partes expresen su autorización y el Centro de Arbitraje y Mediación las utilice con fin didáctico.
11. El mediador deberá precaver que en los archivos de cada caso, se encuentre archivado la solicitud de mediación, las convocatorias con los elementos principales detallados en este cuerpo legal, incluyendo las comunicaciones, escritos y excusas dirigidas por las partes al Centro de Arbitraje y Mediación.
12. El proceso de mediación concluirá con el acta de mediación, o con la constancia de imposibilidad de mediación.

Art. 76.- El proceso de mediación concluirá con el acta de mediación, que es el documento donde se plasmará el acuerdo total o parcial al que se ha llegado.

Art. 77.- El acta de mediación como puntos fundamentales deberá contener:

- a) Antecedentes de los hechos que dieron origen a la controversia.
- b) La solución a la que llegaron las partes dentro del proceso de mediación, con sus respectivas obligaciones.
- c) Las firmas o huellas digitales de las partes, y la firma del mediador.

Si el acuerdo es parcial, deberán estar especificados muy detalladamente los puntos sobre los cuales se llegó a un acuerdo y sobre los que no se llegó a un acuerdo, determinando las obligaciones de cada parte, así como el plazo para su cumplimiento.

Art. 78.- El acta de acuerdo total, de conformidad con lo dispuesto en la Ley, tendrá carácter de cosa juzgada y podrá ser ejecutada de la misma forma que una sentencia judicial.

En el acuerdo parcial, los puntos sobre los cuales ya se llegó a un acuerdo, también tienen el carácter de cosa juzgada.

Art. 79.- Si en el desarrollo del procedimiento, se presentare causa de justificación por la cual el mediador que conoce el caso no pueda seguir con el manejo de la causa, las partes podrán solicitar que se sustituya al mediador por otro del mismo Centro de Arbitraje y Mediación tomando en cuenta lo dispuesto en el presente reglamento.

Art. 80.- En caso de no lograr un acuerdo ni total ni parcial, la acción del mediador se dará por concluida y se elaborará un Acta de Imposibilidad de Mediación firmada o con las huellas digitales de las partes y el mediador.

Art. 81.- Si la audiencia no pudiera realizarse por ausencia de una o de ambas partes, previo informe del mediador, el Director podrá citar con una nueva fecha y hora para una nueva audiencia en un plazo máximo de ocho días; si esto no ocurriere por la no concurrencia de una de las partes o de las dos partes, el mediador está facultado para elaborar un acta de imposibilidad de mediación suscrita por la una parte, o solamente por el mediador.

CAPÍTULO V

SECCIÓN I

COSTOS Y HONORARIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

COSTOS

Art. 82.- El costo del arbitraje en los Centros de Arbitraje y Mediación será cobrado de acuerdo a la tarifa estipulada por el Directorio.

Art. 83.- El costo del arbitraje se hará en base a la cuantía de la demanda; en caso de que la cuantía sea indeterminada, el valor que se tomará como base es el menor que se encuentre en el tarifario.

Art. 84.- En caso de que la cuantía si fuese determinable y las partes lo hayan estipulado como indeterminable, el tribunal arbitral determinará la cuantía de la controversia y a la parte procesal a la cual le toca asumirla.

Art. 85.- A la demanda arbitral se deberá acompañar la cantidad correspondiente a gastos administrativos y honorarios de los árbitros y secretarios arbitrales.

Art. 86.- Para dar trámite a la demanda presentada por el actor, se deberá consignar la totalidad del costo del arbitraje. Caso contrario, el Centro puede abstenerse de conocer la causa, sin perjuicio de que esto genere algún tipo de responsabilidad.

Art. 87.- En el laudo arbitral el tribunal hará la liquidación final de los costos administrativos y de honorarios correspondientes y a la forma de pago de los mismos, sin perjuicio de que se tome en cuenta el grado de complejidad del juicio arbitral y el tiempo de duración del proceso, inclusive si es necesario la restitución de parte de lo cancelado.

Art. 88.- Para dar trámite a la reconvencción, quien solicitare la misma, deberá consignar el cien por ciento del valor establecido en el tarifario aprobado por el Directorio, este valor será calculado del mismo modo que para la demanda en base a la cuantía de reconvencción. Si quien reconviniere no consigna el valor correspondiente, se procederá como lo determina el artículo 86.

Art. 89.- En caso de llegar a un acuerdo en la etapa de mediación que existe dentro del proceso arbitral, poniendo fin al arbitraje, se cancelará el monto que el actor haya consignado por concepto de costos del arbitraje al Centro de

Arbitraje y Mediación, con la presentación de la demanda, conforme lo determine las tarifas de la mediación.

El Director del Centro de Arbitraje y Mediación, realizará la liquidación correspondiente de dicho monto, en caso de ser superior el monto de los gastos de la mediación, la parte que el Director del Centro determine, será quien deba asumir con este costo, y, deberá cancelarlo previo a la entrega del acta de mediación.

Art. 90.- En caso de llegar a un acuerdo parcial en la etapa de mediación dentro del procedimiento arbitral, que ponga fin a una parte de la controversia sometida a arbitraje, se procederá de la misma forma que en el artículo precedente.

El arbitraje continuará su curso normal en lo que no se hubiere llegado a una acuerdo en la etapa de mediación.

Art. 91.- La cancelación de los honorarios de los árbitros será el cincuenta por ciento en el momento en que ellos se hayan declarado competentes para conocer la causa materia del arbitraje. El cincuenta por ciento restantes se cancelará en el momento posterior de haber emitido el laudo arbitral.

Art. 92.- En caso de que el proceso arbitral concluya por incompetencia del tribunal, nulidad del convenio arbitral o desistimiento de las partes, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación ordenará que se devuelva los valores consignados proporcionalmente, tomando en cuenta los gastos administrativos en que haya incurrido el Centro y la actuación del tribunal correspondiente.

Art. 93.- En caso de que el procedimiento arbitral concluya por transacción o desistimiento de las partes, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación ordenará que se devuelva los valores consignados por gastos administrativos, y el cincuenta por ciento de los honorarios de los árbitros.

HONORARIOS

Art. 94.- El pago de los honorarios a los árbitros y a los secretarios arbitrales será distribuido de la forma en que el Centro de Arbitraje y Mediación lo haya estipulado en su reglamento interno.

Art. 95.- En caso de que las partes, el tribunal arbitral o el mediador hubiesen decidido la necesidad de la intervención de uno o más peritos, estos deberán informar el costo de su intervención en el momento de la posesión.

Art. 96.- La parte que solicitare el peritaje deberá cancelar la cantidad mencionada por el perito, teniendo como plazo máximo los tres días posteriores a su posesión.

Art. 97.- Si el peritaje fue solicitado por las partes de mutuo acuerdo, o si lo hubiese requerido el tribunal arbitral o el mediador, los honorarios del perito o peritos, deberá ser cancelado por las mismas partes de forma igualitaria. De igual modo, la cancelación tendrá como máximo a los tres días posteriores a su posesión.

SECCIÓN II

COSTOS Y HONORARIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

COSTOS

Art. 98.- Así como en el procedimiento arbitral, la mediación tiene costos administrativos y honorarios de los profesionales que actúan en la mediación.

Art. 99.- El costo de la mediación en los Centros de Arbitraje y Mediación será cobrado de acuerdo con la tarifa estipulada por el Directorio.

Art. 100.- Junto a la petición de mediación, deberá necesariamente adjuntarse el recibo de pago de los gastos administrativos iniciales para el proceso de mediación.

Art. 101.- El Director y el Centro de Arbitraje y Mediación, queda en libertad de no prestar el servicio de mediación hasta que no se cancele el valor aduedado al momento de la presentación de la solicitud de mediación.

Art. 102.- Los costos de la mediación estarán a cargo por la parte solicitante, y si fuera de mutuo acuerdo someterse a la jurisdicción de la mediación, es posible que las partes decidan dividir los costos procesales.

Art. 103.- Cuando por inasistencia de una de las partes no se realice la mediación, solo deberán cubrirse los costos administrativos.

Art. 104.- En los procesos en los que no se llegue a la culminación exitosa de la mediación, el costo del proceso de mediación será el que se encuentre en el tarifario, tomando en cuenta la hora de trabajo.

Art. 105.- El Director del Centro de Arbitraje y Mediación calificará la cuantía del acuerdo, si es que el tema de la mediación hubiese versado sobre aspectos no dinerarias o patrimoniales.

Art. 106.- Si la o las partes solicitantes de la mediación, establecen que es de cuantía indeterminada, igualmente se establecerá el costo constante en el tarifario y, dependiendo el acuerdo de las partes, la cancelación de ese costo estará a cargo de la parte solicitante o de ambas partes.

Art. 107.- El acta de mediación se entregará solamente cuando se presente el recibo de pago de los costos y honorarios correspondientes al proceso de mediación.

HONORARIOS

Art. 108.- Si en el proceso de la mediación, el mediador estableciere conveniente la presencia de un perito, los honorarios serán cancelados del mismo modo que lo indica la Sección I de este capítulo con respecto a la cancelación de honorarios.

Art. 109.- El pago de los honorarios a los mediadores será distribuido de la siguiente manera: La totalidad del costo de la mediación será dividido en dos partes; el cincuenta por ciento para mediador; y, el cincuenta por ciento para el Centro de Arbitraje y Mediación.

Art. 110.- Como el arbitraje, la mediación y los demás métodos alternativos de solución de conflictos no son independientes, sino que pertenecen a un Centro de Arbitraje y Mediación, cada centro deberá tener un fondo específico para programas de difusión y capacitación de los métodos alternativos de solución de conflictos.

DISPOSICIONES FINALES

Art. 111.- Las normas de procedimiento que se apliquen al arbitraje, a la mediación o a cualquier otro método alternativo de solución de conflictos, que se sometan a cualquier Centro de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador deberán regirse a la ley de Arbitraje y Mediación y al presente Reglamento.

Art. 112.- Si las partes hubiesen acordado el procedimiento, este no podrá contravenir la Constitución de la República del Ecuador, la ley de Arbitraje y Mediación, el presente Reglamento, ni las leyes conexas; el Centro deberá estudiar la aplicación del procedimiento propuesto por las partes y en caso de haber observaciones, advertirlas a las partes para que decidan cambiar su procedimiento de mutuo acuerdo establecido o si resuelven acogerse a la Ley y el Reglamento.

El espíritu de creación de los métodos alternativos de solución de conflictos, es que se resuelvan los procesos con mayor eficacia, eficiencia, en un tiempo mucho menor al normal ordinario y también que los responsables del proceso cumplan con los objetivos específicos de las resoluciones de conflicto, es por ello que no da cabida a que un árbitro, mediador, secretario arbitral o perito detenga el normal proceso de la resolución del conflicto, haciendo que las partes tengan un proceso tedioso, lento y que deba concurrir a audiencias que no se lleven a cabo.

Además esto haría desconfiar mucho más a las personas que se someten a estos procedimientos, ya que los Centros estarían cayendo en los mismos errores que tiene la actual función judicial en todos sus ámbitos.

CONCLUSIONES

- Gracias al estudio y análisis realizado para la elaboración de este plan de titulación se esclareció y determinó a la mediación como el método alternativo de solución de conflictos más eficiente a la luz de la Constitución de 2008 y la ley de Arbitraje y Mediación.
- Consideramos de gran estima, incentivar a nuestros congéneres a resolver de forma pacífica sus conflictos, dando una opción de descongestionamiento de la actual crisis judicial que vive el Ecuador, y eficacia para solucionar problemas de la vida diaria.
- Analizamos las bases conceptuales y generales de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, demostrando que la mediación es un procedimiento voluntario, confidencial, extrajudicial, informal, no adversario, flexible, definido, con visión al futuro que tiene las ventajas de reducir costos, tiempo, tener certidumbre, ser eficaz, ágil y de mucha profesionalidad ya que resguarda y procura mantener las buenas relaciones entre las personas.
- Estudiamos a los conflictos y el modo de tratarlos dentro de un proceso judicial ordinario y en un proceso extrajudicial de mediación delineando así las diferencias entre la negociación dentro de un proceso judicial ordinario y dentro de la mediación, teniendo como resultado que en el proceso de mediación, hay muchos más beneficios que en un proceso judicial ordinario.
- Además analizamos los conflictos más comunes dentro de la sociedad, y de sociedades que tienen similitudes con la ecuatoriana, obteniendo como resultado que de no existir un cambio de actitud de las personas y por ende en la sociedad, no podremos pensar en un desarrollo de la sociedad, y peor aún del Estado.

- Reafirmamos la teoría de que un conflicto no es más que una oportunidad de mejorar, realizar un examen interno y externo, evaluar nuestros errores y así buscar soluciones, mejorarlos y mejorar nuestras relaciones con las personas.
- En el estudio realizado, conocimos más detalladamente los problemas sociales que aquejan a nuestra sociedad, y obviamente estudiamos al conflicto en las diferentes etapas históricas y los modos en que estos fueron solucionados y obtenido resultados a través del tiempo, porque no podemos olvidar la historia de nuestro país, así como dicta la filosofía popular: “Quien no conoce la historia de su pueblo está condenado a repetirla”
- Estudiamos a la mediación como método alternativo de solución de conflictos y establecimos las falencias de una norma reglamentaria que coadyuve a la solución de estos, pues necesariamente los ciudadanos e incluso los profesionales del derecho, necesitamos de nuevas y mejores herramientas para resolver las controversias entre nuestros semejantes.
- Demostramos que los métodos alternativos de solución de conflictos han ayudado a la sociedad ecuatoriana, ya que como en leyes orgánicas tales como las de la Defensoría del Pueblo y de Defensa del Consumidor, se ha incorporado a la mediación, y la misma, ha descongestionado varios problemas que nos aquejan como ciudadanos – consumidores.
- Gracias a la aplicación de la mediación en varias leyes orgánicas y ordinarias, se ha logrado el objetivo de la Constitución de la República del Ecuador que es el de garantizar los derechos de los ciudadanos, y así como dice la Carta Magna en el artículo 11 numeral 9: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

- Propusimos el proyecto de reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, procurando cubrir todos los vacíos que hay en la ley antes mencionada, y así poder tener la norma adjetiva y reglamentaria suprema, de la cual los Centros de Arbitraje y Mediación puedan expedir reglamentos internos sean procedimentales o de ética pero siempre sujetándose al reglamento y sin contravenir lo especificado en el Reglamento.

RECOMENDACIONES

- Desde inicios de la sociedad, se ha visto al conflicto de forma negativa, y es una situación que todos desean evitar y no tenerlos, pero ha quedado demostrado que no debemos temer el estar involucrados en un conflicto, sino más bien estar radiantes de que estamos dentro de un conflicto, pues es un indicador que no somos agentes pasivos en la sociedad y que solo somos materia que ocupamos un lugar en el espacio, sino que somos personas activas, que buscamos el progreso en nuestras vidas y por tanto en la sociedad, es por ello que debemos ver al problema o conflicto como una oportunidad de dilucidar, buscar soluciones nuevas y que no afecten a las relaciones con nuestros congéneres. Además, el conflicto o problema es el momento perfecto que tenemos para evaluar nuestros actos y actitudes e inclusive encontrarnos defectos que podemos mejorar y ser mejores seres humanos y personas de progreso dentro de nuestra sociedad.
- Tomando en cuenta la sobrecarga judicial que existe actualmente en la Función Judicial, del estudio realizado para el presente trabajo de titulación, se desprende que sin duda alguna, la mediación es el medio más eficiente, pacífico y definitivo de solución de disputas más recomendable, pues se les otorga a los participantes el rol protagónico suficiente y necesario para que logren acuerdos o consensos de manera voluntaria, respetuosa, confiable que conserva y mantiene las relaciones inter – personales propias de una convivencia civilizada.
- Los Centros de Arbitraje y Mediación, independientemente de la inexistencia del cuerpo legal que reglamente la Ley de Arbitraje y Mediación promulgada por primera vez el 4 de septiembre de 1997, tomaron la iniciativa de crear reglamentos internos que les permitan aplicar lo dispuesto en la Ley de la materia, obviamente procurando que dichos reglamentos no contravengan con lo estipulado en la Ley, pero

esta realidad no va de acuerdo a la lógica formal del Derecho, y peor aún dentro de la legalidad en *strictu sensu*, pues nuestra recomendación primordial en la elaboración de este trabajo de titulación es el de que se plasme, discuta y promulgue el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, siendo como objetivo principal que el Ejecutivo por intermedio de sus Asesores, tomen como base la investigación realizada para este trabajo.

- Con la norma adjetiva expedida por el Presidente de la República del Ecuador, todos los Centros de Arbitraje y Mediación, deberán acatar a dicho mandamiento y así, adecuarlos a su reglamentación interna. Con esto, todas las personas que acudan a un Centro para someter su controversia a cualquier método alternativo de solución de conflictos, tendrán la certeza de que van a tener el mismo procedimiento, sea en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, como en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatorino – Americana.
- Se conoce como ícono de la justicia y por ende del Derecho, a la dama de la justicia, que tiene sus ojos vendados, una espada en su mano derecha y una balanza en la mano izquierda, simbolizando en su orden, la imparcialidad para resolver, su capacidad de imposición y coerción de las decisiones adoptadas al amparo de las normas jurídicas y, la consideración objetiva de los argumentos de las partes. Considerando la penosa realidad de algunos Reglamentos de Centros de Arbitraje y Mediación de Instituciones o Cámaras de Comercio y Producción, que son solamente una respuesta perfecta para cubrir su real manipulación y politización de la administración de justicia, los árbitros, secretarios o mediadores que son nombrados en los Centros de Arbitraje y Mediación, deberían actuar con notoria probidad y excelencia sus funciones, pues no es procedente que caigamos en el mismo error que existe en la actual Función Judicial, al constituir jueces y partes a la vez, desestimando la

real función de los Centros de Arbitraje y Mediación. Es por ello que con la implementación de un Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación se podrá normar, sancionar y por ende buscar la erradicación definitiva de los malos funcionarios y servidores que por intereses políticos y padrinazgos, empañan la realización de la justicia.

- Definitivamente nuestro país, es un estado que no se ha desarrollado óptimamente, y debemos tomar en cuenta que el progreso de un país está directamente relacionado con el nivel de educación e inventiva que tienen los ciudadanos que en él habitan; es por ello que es de suma importancia que el Estado por medio de sus instituciones como el Consejo de la Judicatura en conjunto con los Centros de Arbitraje y Mediación, estimulen a los ciudadanos para que estudien, se capaciten y obtengan un mejor conocimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos, pues bien sabemos que la ignorancia sobre esta forma extrajudicial de solucionar las controversias, es el motivo de la sobrecarga judicial en la jurisdicción ordinaria y la poca concurrencia a los métodos antes mencionados.
- Aseveramos que la Función Judicial Ecuatoriana está en crisis, y es por ello que deseamos impulsar a los métodos alternativos de solución de conflictos, pero no es factible que los Centros de Arbitraje y Mediación alcancen estos objetivos anhelados, puesto que los entes reguladores, es decir el Consejo de la Judicatura y la Federación de Cámaras del Ecuador no cumplen con sus funciones y atribuciones, ya que han dado demasiada libertad a los Centros de Arbitraje y Mediación, mismos que han manejado al arbitraje y a la mediación con grandes falencias, desdiciendo lo que realmente son y representan los métodos alternativos de solución de conflictos. Esta situación tan delicada no puede continuar, se debe retomar las riendas de la Función Judicial para que esta cumpla y haga cumplir realmente la ley otorgando así las garantías necesarias a los ciudadanos deseosos de justicia.

- La Función Judicial ha estado estructurada en su forma desde hace más de cuatro décadas exactamente igual a como está en la actualidad, es decir, la misma cantidad de Juzgados, por tanto la misma cantidad de Jueces, pero esto se encontraba bien estructurado para la población de esa época, particularmente en la ciudad de Quito. En aquel entonces, no habían tantos ciudadanos en la capital, pues la migración dentro del país estaba direccionada para la Costa ecuatoriana, originado por el “boom” cacaotero y bananero principalmente. Pero con el transcurso de los años, muchos ecuatorianos han tomado la decisión de migrar hacia la capital ecuatoriana; esto, sumado a la migración de extranjeros, siendo una gran cantidad cubanos, se establecen en en la ciudad de Quito. Nuestra población ecuatoriana, se ha incrementado con más de cinco veces su población inicial con la cual se realizó la zonificación judicial.
- Actualmente, la función judicial no se da a basto con los procesos presentados ante ella, pues la ecuación lógica dice que a mayor cantidad de población, mayor cantidad de Órganos de administración de Justicia, pero esta verdad, lastimosamente, no se ha visto reflejada en el sistema judicial ecuatoriano. Si contásemos con una norma de aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación, tenemos la certeza de que la sobrecarga judicial, aún con la misma cantidad de administraciones de justicia, bajará por lo menos un cuarenta por ciento, ya que las personas acudirán confiadamente a la vía extrajudicial y podrán ventilar sus problemas judiciales con la confianza absoluta de que es un modo de viabilizar la justicia con óptimos resultados.
- La naturaleza del ser humano está dictada por la conducta de ganar a su opuesto, inclusive sin importar las relaciones filiales, laborales, amistosas o sentimentales que existan entre sí, mediante el uso de la mediación, que se basa en la cultura de paz, diálogo y negociación, se va a propender un ganar – ganar, donde no existan perdedores, pues en el supuesto caso que la persona aún tenga que pagar lo adeudado a su

demandante, pudieron haber encontrado un medio accesible para que el deudor pueda cancelar sus deudas, eso ya es una ganancia, y mejor aún que las partes puedan seguir manteniendo un trato cordial entre sí.

- Tomando como ejemplo la acción de la Defensoría del Pueblo y la aplicación de la mediación en la resolución de las quejas presentadas ante este Organismo, teniendo como instrumentos a la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, nuestra recomendación es emular este trabajo e incorporarlo en varias leyes para la mejor y más eficiente resolución de controversias, pues estadísticamente, la Defensoría resuelve alrededor de trescientas a cuatrocientas quejas mensuales entre las que sobresalen las de los servicios básicos agua, luz, teléfono, telefonías móviles, almacenes de electrodomésticos y productos de consumo masivo, demostrando así que mediante el uso de la mediación se puede defender y garantizar el cumplimiento de los derechos que tenemos los ciudadanos con gran éxito y en un tiempo mucho menor al generalmente utilizado, y en el caso que estamos mencionando a los conciudadanos consumidores. Es así como el Ecuador va a recorrer las doradas y anheladas vías del desarrollo, donde la justicia sea oportuna, veraz y sin condicionamientos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Araujo, I. (2002). Mediaciones y poder. Buenos Aires: Norma.
2. Bermúdez, K. (2002). Mediación intercultural: una propuesta para la formación. Madrid: Popular.
3. Biblia, (2011) Versión Reina Valera.
4. Borja, R. (2002). Enciclopedia de la Política. México: Fondo de Cultura Económica.
5. Cabanellas, G. (2007). Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
6. Cabanellas, G. (2008). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
7. Caracciolo, R. (2009). El Derecho desde la Filosofía. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
8. Carvajal, J. (2002). EL OTRO DERECHO en artículo “La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”. Bogotá: ILSA-Bogotá
9. Carvajal, J.; Palacio G. (2000). Liberalizando la tierra y territorio colombiano: un análisis de la historia socio – jurídica. Bogotá: Editorial Colciencias.
10. Castillo, L. (2007). Los derechos constitucionales Elementos para una teoría general. Lima: Palestra Editores.
11. Diez de Velasco, M. (2006). Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.)
12. Echeandía, D. (2004). Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Universidad S.R.L..
13. Fariello, X. (2000). La sociedad Argentina y su realidad nacional. Mendoza: Editorial Estrada.
14. Franco, O. (2002). Estudio de la mediación en países hermanos Latinoamericanos. Venezuela: Centro Venezolano de Conciliación y Mediación.
15. Freud, S. (1987). El malestar en la cultura. Madrid: Alianza.
16. Hernández, J. (1957). Imperialismo y cultura, la política de la inteligencia argentina. Buenos Aires: Editorial Amerindia.

17. Jacks, N.; Araújo, I.; Corona, S.; Renero, M.; Saintout, F.; Massoni, S.; Calles, J. (2002). *Recepción y Mediaciones; Casos de Investigación en América Latina*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma.
18. Kelsen, H. (2008). *La paz por medio del Derecho*. Madrid: Trotta.
19. Larrea, G. (1996). *Las mediaciones estado-sociedad y los intereses corporativos*. Caracas: Nueva Sociedad.
20. Montero, J., Gómez, J., Montón, A., Barona, S. (2010). *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*. Valencia: Guada Impresores, S.L..
21. Nino, C; Gargarella R.; Rodríguez, M.; Krsticevic, V.; Lerer, A.; Sabsay, D.; De Riz, L.; Smulovitz, C. (1992). *El Presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
22. Ormazabal, G. (2010). *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
23. Ossorio, M.; Florit; Obal, C.; Bitbol, A.; Silva, A.; Charny, H. Ruprecht, A. (2008). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. México: Bibliográfica Omeba.
24. Proaño, F.; Romero, D.; Corral, P. (2003). *Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana*. Quito: Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana.
25. Rosatti, H. (2002). *El origen del Estado*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
26. Six, J. (1997). *Dinámica de la mediación*. Buenos Aires: Paidós.
27. Suarez, M. (1996). *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.
28. Von Wright, G. (2010). *La diversidad de lo bueno*. Madrid: EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A..
29. Zurita, E. (2001). *Manual de mediación y derechos humanos*. Quito: Defensoría del Pueblo.

Referencias Legales:

30. Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No. 46 De 24 de junio. (2005)
31. Código de Comercio, en Registro Oficial Suplemento No. 1202 De 20 de agosto. (1960)
32. Constitución de la Nación Argentina, De 22 de agosto. (1994)

33. Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 De 20 de octubre (2008).
34. Constitución Política de Colombia, en Gaceta Constitucional No. 127 De 10 de octubre de (1991).
35. Constitución Política de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 800 De 27 de marzo (1979).
36. Constitución Política de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 1 De 11 de agosto (1998).
37. Ley de Arbitraje y Mediación, en Registro Oficial No. 417 De 14 de diciembre (2006).
38. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En Registro Oficial Suplemento No. 116 De fecha 10 de julio (2000).
39. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. en Registro Oficial No. 7 De 20 de febrero. (1997)

Links de Internet

- http://es.wikipedia.org/wiki/Euskadi_Ta_Askatasuna <http://adrr.com/camara>
- <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-apoya>
- <http://www.radiosantafe.com/2009/08/19/colombia-y-ecuador-acudirian-a-una-mediacion-internacional>