



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

**“LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA
SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS
TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL
ECUATORIANO”**

**TESIS PREVIO A LA
OBTENCION DEL TITULO
DE ABOGADO**

AUTOR:

Rodrigo Estuardo Pazmiño Meléndez

DIRECTORA:

Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado Mg. Sc.

**Loja – Ecuador
2014**

CERTIFICACION


Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado, Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que he dirigido el trabajo de tesis previa a la obtención del Título de Abogado, que ha presentado el señor Egresado Rodrigo Estuardo Pazmiño Meléndez y que se denomina **“LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**, por lo que una vez que se ha cumplido por parte del autor con las observaciones y sugerencias de mi parte para la mejor presentación y fundamentación del mismo, **AUTORIZO** que sea presentado y sustentado ante el correspondiente Tribunal de Grado.

Loja, Octubre del 2014



Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado, Mg. Sc.

DIRECTORA DE TESIS

AUTORIA

Yo, RODRIGO ESTUARDO PAZMIÑO MELENDEZ, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Tesis en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

AUTOR: Rodrigo Estuardo Pazmiño Meléndez

FIRMA:



CEDULA: 0201273778

FECHA: Loja, Octubre de 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Rodrigo Estuardo Pazmiño Meléndez. Declaro ser el autor de la tesis intitulada **“LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**, como requisito para optar por el grado de Abogado; Autorizo al sistema de Biblioteca de la Universidad Nacional de Loja, para fines académicos muestren al mundo la producción intelectual de la universidad, a través de la visibilidad de su contenido, de la siguiente manera en el Repertorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 14 días del mes de Octubre del dos mil catorce, firma el autor.

Firma: 

Autor: Rodrigo Estuardo Pazmiño Meléndez

Cedula: 0201273778

Dirección: Guaranda. Sector, Colonias Marianitas

Correo Electrónico: volopazmiño@hotmail.es

Teléfono: 0995908415

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dra. Paz piedad Rengel Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg, Sc.

Dr. Felipe Neptalí Solano Mg, Sc.

Dr. Marcelo Costa Cevallos. Mg, Sc

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, lo dedico a la memoria imborrable de mi querida y entrañable Madre, quien fue un digno ejemplo incólume de abnegación, sacrificio y amor por sus hijos, como así también a mi amada esposa Anita, puesto que ella fue la persona que me motivo y me impulso a seguir esta carrera y estuvo ahí hasta la culminación de la misma; a mis hijos Karen, Anthony, Anthonela y Emi, quienes son los seres que más amo en la vida y me motivan a ser cada día un mejor padre, a quienes les quiero dejar como un legado de que la constancia, perseverancia y autodisciplina son los valores que nos permiten vencer cualquier obstáculo y así poder alcanzar los objetivos propuestos. A todos ellos va dedicado este esfuerzo.

Rodrigo

AGRADECIMIENTO

En primer lugar a DIOS por ser mi guía y compañero inseparable en el duro camino de la vida.

En segundo lugar mi más sincero agradecimiento a mi esposa Anita Dolores, por ser el pilar fundamental y el apoyo incondicional que me brindo para llegar a terminar mi carrera, como así también a mis hijos ya que ellos en gran parte fueron los sacrificados de esta decisión de estudiar y culminar con éxito lo que uno se propuso ser un profesional del derecho

Además es necesario expresar mi especial agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho, en la cual me forme como profesional del Derecho.

En forma particular expreso mi agradecimiento a la señora Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado, Directora de Tesis, que con infinita bondad y sapiencia supo dirigir el presente trabajo de tesis hasta su culminación.

Agradezco a mi Hermana, Elsita Margoth, por el apoyo brindado en los momentos en que más lo necesite y que pude saber que incondicionalmente podía contar siempre con su ayuda.

Rodrigo

TABLA DE CONTENIDOS

1. **TÍTULO.**
2. **RESUMEN**
 - 2.1 Abstract.
3. **INTRODUCCIÓN.**
4. **REVISIÓN DE LITERATURA.**
 - 4.1 **Marco Conceptual.**
 - 4.1.1 Conflicto
 - 4.1.2 La Mediación
 - 4.1.3 Sistema Procesal
 - 4.1.4 La Celeridad Procesal
 - 4.1.5 Debido Proceso
 - 4.1.6 Materia Transigible
 - 4.1.7 La Derivación
 - 4.1.8 El mediador
 - 4.1.9 El perfil del mediador
 - 4.2 **Marco Doctrinario.**

4.2.1 Reseña Histórica de la Ley de Arbitraje y Mediación

4.2.2 Origen de la mediación en el Ecuador

4.2.3 Importancia del papel del mediador

4.2.4 Tipos de mediación

4.2.5 Principios de la Mediación

4.2.6 El Acta de mediación y forma de ejecutarla

4.2.7 De la obligatoriedad de la Mediación

4.3 Marco Jurídico.

4.3.1 Análisis de la Constitución de la República de Ecuador
(Mediación)

4.3.2 Análisis de la Ley de Arbitraje y Mediación

4.3.3 Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial

4.4 Legislación Comparada.

4.4.1 La mediación en Argentina

4.4.2 La mediación en Colombia

4.4.3 La mediación en Norteamérica (Estados Unidos)

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Materiales utilizados

5.2 Métodos

5.3 Procedimientos y Técnicas

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de la aplicación de Encuestas

6.2 Resultados de la aplicación de Entrevistas

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

**“LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA
SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES
EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**

2. RESUMEN

La investigación, tuvo como objeto primordial realizar un estudio a fin de detectar si existe algún vacío legal en la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual adolece de una normativa que permita incluir a la mediación como un requisito previo y obligatorio, a fin de llegar a solucionar conflictos en materias transigibles y sin la necesidad de llegar a un largo proceso civil ordinario como lo es la junta de conciliación, en donde las partes recién se ponen de acuerdo para llegar a un arreglo y derivar la causa a un centro de mediación autorizado. Con la implementación de este procedimiento de solución de conflicto, se estaría evitando en primer lugar que las partes entren en un largo litigio procesal, la cual tiene un sin número de etapas, un significativo ahorro económico tanto para el Estado como para los usuarios, la acumulación de causas en los juzgados y lo que es más importante es que se daría solución a la controversia en una sola audiencia, debido a que una vez presentada la demanda en la sala de sorteos, calificada la misma el o los jueces civiles que conocen la causa deberán derivar obligatoriamente a mediación sin necesidad de que las partes se pongan de acuerdo y dar soluciones rápidas y sencillas a los conflictos sin llegar al trámite engorroso que es por la vía del proceso judicial.

Este trabajo investigativo también nos llevó a que se realice un análisis teórico – conceptual del tema de esta investigación como es **“LA MEDIACION COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR**

CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”; como también su fundamentación jurídica que parte del marco constitucional con respecto a este método de procedimiento para solucionar conflictos; luego del proceso de los diferentes cuerpos legales que tratan sobre la mediación se ocupó en realizar un análisis de carácter doctrinario, en base a los criterios de los diferentes tratadistas y estudiosos del derecho; además de una comparación de la mediación en el Derecho Comparado, teniendo como base las legislaciones de Argentina, Colombia y Estados Unidos de Norte América.

El resultado final de este trabajo investigativo arroja que, efectivamente, el implementar la mediación como requisito previo y de carácter de obligatorio, a la iniciación de un proceso judicial va encaminado a satisfacer las necesidades legales que tienen todos los usuarios, de tener una justicia más ágil y rápida, y de esta manera estaría contribuyendo a fortalecer el sistema procesal ecuatoriano. Por consiguiente, la propuesta de reforma al Art.43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, fue muy acertada.

2.1. Abstract

The research was performed for the purpose a study to detect whether there is any loophole in the Law on Arbitration and Mediation, which lacks enabling legislation include mediation as a required preliminary, in order to reach solve conflicts in transigibles materials without the need to reach a long ordinary civil proceedings such as the conciliation board, where the parties just agree to a settlement and refer the case to a mediation center authorized . With the implementation of this method of conflict resolution, it would avoid first that the parties enter into a lengthy procedural dispute, which has a number of stages, a significant cost savings for both the State and users, the backlog of cases in courts and what is more important is that a solution to the dispute would occur in a single hearing, because a complaint has been filed in the living drawings, the same or qualified civilian judges who know the cause must necessarily lead to mediation without the parties agree and give quick and easy to get to conflicts without cumbersome it is processed via the judicial process solutions.

This research work also led us to perform a theoretical analysis - conceptual theme of this investigation is "**MEDIATION AS A PREREQUISITE TO RESOLVE CONFLICTS IN MATTERS IN ECUADOR TRANSIGIBLES LITIGATION SYSTEM**"; as its legal basis that part of the constitutional framework with respect to this method of procedure to resolve conflicts; after the process of the different bodies of law dealing with the mediation I occupy

in an analysis of doctrinal character, based on criteria different writers and scholars of the law; well as a comparison of mediation in Comparative Law, taking as a basis the laws of Argentina, Colombia and the United States of America.

The end result of this research work reveals that, indeed, the implementing mediation as a prerequisite and compulsory, the initiation of a judicial process is aimed at meeting the legal needs that all users have a more justice agile and quick, and thus would contribute to strengthening the Ecuadorian judicial system. Therefore, the proposed amendment to Art.43 of the Law on Arbitration and Mediation, was very successful.

3. INTRODUCCIÓN

La Mediación es reconocida por el Estado ecuatoriano como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos, específicamente en el artículo 190 de la Constitución de la República, la cual se fundamenta en el respeto a los preceptos constitucionales y basándose en la existencia de la norma jurídica de una manera clara y pública, a fin de que se pueda utilizar y ser aplicada por las autoridades judiciales para la protección efectiva de los derechos de las personas que se someten a un proceso judicial. Las normas legales que reglamentan la mediación como lo es la Ley de Arbitraje y mediación, se puede evidenciar un vacío legal, el cual pone en evidencia el acaparamiento de todos los casos y de igual manera todas las materias, dentro del cual existen varias etapas e instancias, etc., teniendo como resultado un excesivo tiempo que conlleva evacuar un juicio o proceso. Con esto quiero referirme a la inexistencia de una norma legal que disponga o de la potestad al juez o jueza civil, para que una vez calificada y después de conocer la demanda en un término de tres días se Derive la causa en forma obligatoria a mediación siempre que sean en materias transigibles. En la práctica procesal civil, que se relaciona con la mediación muy pocos son los jueces una vez calificada la demanda Derivan las causas a mediación, sea por desconocimiento de que existe un instructivo para la Derivación de las causas, el cual es emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura o simplemente para que siga el trámite normal y esperar la audiencia de conciliación y llegar por mutuo acuerdo a que se derive la

causa para que sea la mediación quien solucione el conflicto, demostrando con esto el tiempo que se pierde en realizar todo el proceso judicial. Hay que recordar que de acuerdo a lo establecido en el Art. 172 de la Constitución del Ecuador, es el juez o jueza quien posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un conflicto o causa, con esta disposición jurídica explica claramente y da a conocer el papel fundamental que juega un Juez dentro de nuestra legislación. Jueces cuya misión es hacer honor al principio de justicia, aplicando en sus resoluciones los principios universales de la sana crítica, la lógica jurídica y la equidad; haciendo la correcta y debida apreciación de las pruebas aportadas por las partes; por tanto, constituyendo las pruebas de los litigantes la base fundamental para la resolución de los juicios.

Ante esta problemática he visto la necesidad de realizar un trabajo investigativo para lo cual se ha planteado el siguiente tema: **“LA MEDIACION COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**; Para la presentación del informe final de la investigación jurídica, se siguió el esquema que está reglamentado en el artículo 151 del régimen académico de la Universidad Nacional de Loja y se estructuró de la siguiente manera: Título; Resumen en castellano e inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Propuesta Jurídica de Reforma; Bibliografía, Anexos e Índice.

Es preciso manifestar que en la Revisión de la Literatura se ha recogido todo lo relacionado con el marco conceptual, doctrinario y jurídico que tienen relación directa con el objeto de estudio que incluso se debió recurrir a la revisión de la Legislación Comparada, a fin de establecer como se ha implantado la problemática en otros ordenamientos legales.

En lo que tiene que ver con los materiales y métodos, aquí se hace un detalle de todos los recursos que se utilizaron para cada una de las etapas de esta investigación. Dentro de los resultados se hizo la presentación de los datos obtenidos a través de la aplicación de la encuesta y entrevista, las mismas que fueron hechas a profesionales del derecho, la información recopilada me sirvió como base fundamental para verificar los objetivos y la contrastación de la hipótesis.

Asimismo se exponen las conclusiones y las recomendaciones que fueron formuladas como alternativa de posible solución al problema investigado.

En la parte final de este trabajo investigativo, se realiza un planteamiento de Reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, la misma que se encuentra orientada a implementar la mediación como un requisito previo de carácter obligatorio antes de iniciar cualquier proceso judicial en materia transigible.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Conflicto

El conflicto es una situación en que dos o más individuos con intereses contrapuestos entran en confrontación, oposición o emprenden acciones mutuamente antagonistas, con el objetivo de neutralizar, dañar o eliminar a la parte rival, incluso cuando tal confrontación sea verbal, para lograr así la consecución de los objetivos que motivaron dicha confrontación. Por su condición a menudo extrema o por lo menos confrontacional en relación a objetivos considerados de importancia o incluso urgencia (valores, estatus, poder, recursos escasos) el conflicto genera problemas, tanto a los directamente envueltos, como a otras personas.¹

4.1.2 La Mediación

En los conceptos emitidos por varios autores y los que constan en la bibliografía especializada en Derecho, Psicología Social y Sociología, existe una coincidencia al mencionar que: “La mediación es una forma pacífica de solucionar los conflictos, cuyo proceso es conducido por un tercero imparcial.”

Autores como Eduard Vinyamata, aborda en su concepto la conflictividad social, al señalar que:

¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Conflicto>

“La mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás.”²

Otros como Jay Folberg y Alison Taylor, apuntan en su concepto a la solución de un problema en particular al mencionar que: *“La mediación es el proceso mediante el cual, los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.”³*

En tanto que Haynes, en su concepto de mediación, pone énfasis en el rol del mediador al señalar que: *“La mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas.”⁴*

Basándome a todos los conceptos emitidos por estos autores, se puede concluir que: La mediación es un procedimiento de comunicación e interacción entre las partes, dirigida por una tercera persona, que facilita la solución de los conflictos y evitan el litigio judicial.

4.1.2.1 Objetivos de la Mediación

Es reducir la hostilidad y establecer una comunicación eficaz, ayudando a las partes a comprender las necesidades e intereses propios y del otro. Así

²VINYAMATA CAMP, Eduard: APRENDER MEDIACIÓN. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2003. Pág. 6.

³FOLBER, G, Jay y TAYLOR, Alison: MEDIACIÓN: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SIN LITIGIO. Editorial Limusa, México. 1992. Pág. 12 y ss.

⁴HAYNES, John: FUNDAMENTOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. Editorial Gaia. España. 2000, Pág. 13.

como también el plantear y aclarar cuestiones que han sido pasadas por alto, o que no han recibido la suficiente atención. De esta manera se estaría ayudando enormemente a las personas a concebir y a comunicar nuevas ideas y ayudar a formular acuerdos y propuestas en términos más aceptables que resuelvan los problemas actuales, y que salvaguarde las relaciones y prevean necesidades futuras.

4.1.3 Sistema Procesal

⁵ El Derecho Procesal es un conjunto de normas que regulan los tres pilares del debido proceso, con la única finalidad de la aplicación de las leyes de fondo, o derecho sustancial.

El Derecho Procesal se ocupa también de la competencia, y la regula; así como la actividad de los jueces. Asimismo, materializa la ley de fondo en la sentencia.

En el Derecho Procesal Penal también existe un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta la finalización del proceso. Tiene la función de investigar, identificar, y sancionar (si fuese necesario) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto.

El Derecho Procesal Penal es aquélla disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para

⁵ <http://www.monografias.com/trabajos17/procesos-penales/procesos-penales.shtml#ixzz3EGQnC7K9>

comprender y aplicar las normas jurídicas-procesal-penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un Proceso Penal.

En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del Proceso Penal.

4.1.3.1 Objeto:

El objeto del Derecho Procesal Penal radica en el Esclarecimiento del hecho denunciado, previa actuación de pruebas.

El objeto es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Fiscal.

El proceso se puede terminar antes de la sentencia, por eso se debe hablar de resolución y no de sentencia. Se busca determinar si se cometió o no delito, se busca una certeza positiva o negativa. Si se comprueba la existencia de delito, aparecerán las consecuencias jurídicas, la sanción para el infractor.

4.1.3.2. Fines:

El fin del Derecho Procesal Penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, siempre que la acción penal no haya prescrito.

Así como, a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, archivando el Proceso cuando no se pruebe su responsabilidad durante la investigación.

4.1.3.3 Sistemas Procesales:

* **Sistema Acusatorio:** El órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de órgano o una persona, esto es, se acciona motivando al poder jurisdiccional para que actúe ante la apuesta en peligro de bien jurídico legalmente protegido.

* **Sistema Inquisitivo:** El propio órgano jurisdiccional toma la iniciativa para originar el Proceso Penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, es decir actúa de oficio y el Proceso Penal es excesivamente formal, riguroso y no público.

* **Sistema Mixto:** Se conjuga tanto el Sistema Acusatorio como el Inquisitivo. El Proceso Penal tiene dos etapas:

- La instrucción (investigación) /Sistema Inquisitivo.
- El juicio oral o juzgamiento /Sistema Acusatorio.

* **Sistema Acusatorio Modernizado:** El órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración judicial (Ministerio Público) al producirse un delito. El Ministerio Público está a cargo de la etapa de la investigación.

4.1.4 La Celeridad Procesal

⁶ El artículo 1 de la Constitución del 2008, dice 'límpicamente': "El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia". El artículo 169 del mismo cuerpo legal dice: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación,

⁶ <http://www.elcomercio.com/cartas/celeridad-procesal-ecuador.html>

uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará a la justicia por la sola omisión de formalidades”.

El artículo 172 de la Carta Magna, refiere que: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y a los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.

Pese al esfuerzo que hacen los integrantes del Consejo de la Judicatura Transitorio en el País, es lamentable que en la práctica preprocesal y procesal diaria, todo lo indicado, sea letra muerta por la negligencia de unos pocos... Olvidándose que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”... Existen en el Ecuador miles de causas abandonadas por falta de celeridad procesal.

4.1.5 El Debido Proceso

⁷El Art. 24 de la vigente Constitución Política señala: "Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos

7

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2005/11/24/que-es-el-debido-proceso>

internacionales, las leyes o la Jurisprudencia..." y nos da 17 reglas que gobiernan el Debido Proceso.

Se puede señalar que el "Debido Proceso", es el más perfecto y sofisticado instrumento de resolución de disputas o conflictos de contenido o relevancia jurídica, pues el proceso tiene reglas que nos permiten llegar a una resolución justa debida.

Como es de conocimiento general, existe en el Ecuador violación de los derechos ciudadanos; y, es así que quienes vivimos en el país, buscamos por los medios jurídicos a nuestro alcance que las garantías constitucionales que le son inminentes a su condición de ciudadanos nos sean respetados. Las garantías constituyen técnicas de protección diferentes a los derechos mismos; y, las garantías se encuentran específicamente detalladas en el Art. 24 de la Constitución.

Si bien se ha conferido al Estado el monopolio del Poder de decidir sobre los conflictos y de averiguar la verdad real, su ejercicio está rígidamente limitado por una serie de Principios cuyo objetivo común es de racionalizar el uso del Poder del Estado, evitando la arbitrariedad y procurando la seguridad jurídica del ciudadano, pues el Legislador ha considerado que de poco sirve asegurar otros derechos sino se garantiza que los procesos en los cuales esos derechos deberán hacer valer, van a ser a su vez respetuosos de los derechos fundamentales, ya que si no se respetan estas garantías constitucionales, los habitantes del País quedan absolutamente desamparados.

Garantías Constitucionales

Garantías Constitucionales, son mecanismos que la Ley pone a disposición de la persona para que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos; y, por último obtener la reparación cuando son violados.

En el Ecuador hoy las garantías de Orden Procesal, han adquirido la mayor importancia posible especialmente en el orden Procesal Penal, puesto que no podrá existir condena válida si el camino seguido para su imposición el Estado no ha respetado las Garantías Constitucionales; y, estas garantías constitucionales deben ser respetadas desde el primer momento en que la persecución criminal comienza hasta la ejecución completa de la sentencia que se dicte en dicho juicio.

Las Garantías Constitucionales no constituyen un obstáculo para una correcta aplicación de la Ley Penal, pues es un remedio para prevenir la arbitrariedad y no como otras personas piensan que el Sistema Penal será más eficiente, cuanto más duro y represivo sea y cuanto menos derechos y garantías se reconozcan al acusado.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, es un Código Garantista de los Derechos de la persona, que sin pasar al absurdo de la impunidad, señala los parámetros mínimos que deben observarse, esto es una justicia que se ufana de democrática como se supone que es nuestro país.

Hay que señalar que el Debido Proceso quiere una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana, pues el proceso se realiza entre seres humanos y no la subordina a nada.

El Proceso Penal hoy en día con el nuevo Código se permite la protección de los Derechos Humanos, o sea se garantiza al ciudadano de la tutela de sus Derechos fundamentales, para que el proceso seguido en su contra concluya con el dictado de una sentencia fundada y en el fiel cumplimiento de los principios supremos que así lo exige un Estado de Derecho.

Debemos recordar que si el Ecuador es un Estado Democrático, que si lo es, y así lo señala expresamente nuestra Constitución Política; y, si vivimos en un Estado de Derecho, debe el Estado orientarse hacia el Garantismo Penal y esto es justamente lo que hace el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Recalco que es objetivo central y más importante de este nuevo Código es lograr la vigencia efectiva de estas Garantías Constitucionales de contenido procesal, pues es un reconocimiento a la importancia de la persona y de sus derechos fundamentales como centro del ordenamiento jurídico y del actual del Estado.

La garantía del Sistema Procesal se encuentra regulada en los Arts. 23, numeral 17 y 24 de la Constitución Política, esto es aquellas que se refieren al Debido Proceso con todas las garantías; y, esta es la piedra angular del

proceso en general o sea no puede existir Garantía más importante que la de un Justo proceso.

4.1.6 Materia Transigible

Transigibilidad.- “La disquisición doctrinaria es mantenida por la actual legislación que solo permite a las entidades del Sector Público someter a arbitraje exclusivamente, las diferencias surgidas de relaciones jurídicas de carácter contractual, no a los actos extracontractuales ni a los actos de autoridad del Estado como tal y siempre que el laudo decida la controversia en derecho.”⁸

Materia Transigible se constituye lo que sí es materia para mediación, por ejemplo: litigios por negocios, problemas entre vecinos o comunidades, entre entidades privadas y del Estado o entre mismas entidades del Estado.

4.1.7 La Derivación

La derivación: *“Tiene lugar después de iniciado un juicio, se lo realiza por parte del Juez interviniente, lo hace a un centro de mediación autorizado.”*⁹

En este caso nos podemos dar cuenta que los jueces conjuntamente con los juzgados no derivan las causas, pese a existir un instructivo que es implementado por el Consejo Nacional de la Judicatura, el cual exige que

⁸ https://www.google.com.ec/?gws_rd=ssl#q=concepto+materia+transigible

⁹ www.jusformosa.gov.ar/info/SIAC/mediacion.pdf.

deriven las causas a mediación, que de hacerlo estarían aliviando la carga procesal.

4.1.8 Ventajas de la mediación y sus particularidades

Las ventajas que nos presta la mediación como requisito previo para solucionar conflicto son los que a continuación detallo:

- 1.- Es un procedimiento más rápido y sencillo que un juicio.
- 2.- Se puede obtener un acuerdo favorable para ambas partes.
- 3.- Los involucrados deciden la solución de su problema.
- 4.- El servicio puede ser gratuito (dependiendo del centro), voluntario (dependiendo de las legislaciones de los países) y confidencial.
- 5.- Se evitan trámites costosos y desgastantes.
- 6.- Se evita el trato descortés con algunos amanuenses, y la penosa e inhumana costumbre de dar dádivas a jueces y funcionarios.
- 7.- La mediación, por ser un procedimiento extrajudicial, no necesita de formalidades, pudiendo las partes comparecer a la reunión con cualquier tipo de asesor, dependiendo de la materia de la divergencia.
- 8.- Fomenta la cultura del diálogo de manera general y en particular fomenta que las partes utilicen mecanismos pacíficos para solucionar sus controversias.
- 9.- Ofrece un servicio altamente profesional y técnico, evitando formalidades.

- 10.- Promueve la intervención de las partes en el manejo de sus propios conflictos, convirtiéndose éstos en los jueces de sus propios problemas.
- 11.- El acta de mediación tiene el valor de una sentencia de última instancia y existe la posibilidad de exigir su cumplimiento, en caso de ser necesario.
- 12.- Brinda un servicio profesional ya que los mediadores son expertos en temas materia del conflicto.
- 13.- Los mediadores son profesionales neutrales y objetivos.
- 14.- Ahorra tiempo y dinero con una solución eficaz y rápida de los conflictos.
- 15.- Mantiene la confidencialidad necesaria para que las partes tengan absoluta libertad de presentar las propuestas que consideren pertinentes. En el sector público la confidencialidad se puede ver limitada.

4.1.9 El perfil del mediador

Existe un debate incesante sobre quienes deben ser los mediadores, qué requisitos deben reunir y qué entrenamiento tienen que desarrollar para ser considerados como autorizados.

La primera discusión que aparece es sobre si debe ser profesional del derecho o no. Para resolver conflictos entre particulares el mediador puede

ser cualquier profesional que reúna características especiales de personalidad, empatía y que maneje ciertas técnicas de mediación; así como debe estudiar elementos socio legales básicos. Para mediar en un centro de mediación autorizado por el CNJ, sí debería ser abogado y debe conocer ampliamente los preceptos constitucionales y legales; capacitado de manera teórica y práctica en una Escuela de Mediadores de tal forma que demuestre habilidades de mediación y formación en una cultura de diálogo y no solo de litigio. Caso contrario podría aconsejar a su cliente para no llegar a un acuerdo e ir a juicio, por eso es importante la capacitación al profesional del derecho en los beneficios que ofrece la mediación y la difusión continua de esta herramienta a la sociedad en general para forjar a un nuevo ciudadano que tenga como primera opción la mediación.

El director del Centro de Mediación debería ser un abogado con amplia experiencia en temas de manejos de conflictos ya que ejerce un cargo de responsabilidad que más allá de las tareas administrativas que realiza, se constituye en un referente del centro y de temas de consulta propuestos por los mediadores.

El mediador que conozca conflictos que involucran el sector público debe conocer a profundidad y concatenar los principios rectores del derecho sustancial y los del derecho procesal, esto como garantía de su neutralidad y el justo manejo del conflicto de intereses.

Para algunos autores, basta con cumplir con ciertas cualidades, a saber: sensibilidad y experiencia, cuidado y respeto a las partes, neutralidad y trato

igual; para que el mediador cumpla correctamente su papel. Otros, por su parte, señalan que el perfil ideal del mediador es el de una persona capaz de comprender el mundo real de las partes, la precisión y frustración en la que se desenvuelven. Hay quienes aseguran que, el mediador, además, debe poseer facilidad de comunicación y conocimientos eficaces sobre la temática y los aspectos de la negociación que las partes consideren útiles para ellas.

Neuman, por ejemplo, sostiene que: *“No se requiere de un buen currículum, pues hay que apelar al sentido humano de la justicia, porque si esta persona no tiene apropiados ideales de justicia no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés público; y, en esos casos, hasta la mejor estructura institucional puede fracasar.”*¹⁰

El autor menciona que, en Noruega, cada municipio tiene sus mediadores, seleccionados por los ciudadanos que están interesados en desempeñar el rol y la Junta Municipal los designa por 4 años.

Por su parte, Eric García López, Director de Investigación y Posgrado de la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca, manifiesta que: *“La tendencia a integrar los centros de justicia restaurativa con abogados, podría dar lugar, en última instancia, a procesos similares a los de los tribunales, que socavaban el restablecimiento de los intereses de las partes en lugar de apoyarlos.”*¹¹

¹⁰NEUMAN, Elías: MEDIACIÓN PENAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA. Ediciones Porrúa. México 2005.

¹¹GARCÍA LÓPEZ, Eric: “JUSTICIA RESTAURATIVA EN OAXACA: PERSPECTIVAS DESDE LA SICLOGÍA JURÍDICA, ITER CRIMINIS” México 2010, p. 127.

No obstante, dicho autor sostiene que el facilitador debe tener una formación integral, porque los conflictos son multifactoriales; es decir, comprenden una serie de aspectos, entre los que están los factores emocional, legal y social. Por lo tanto, para que la mayoría de los conflictos posibles de someterse al procedimiento de la mediación sean resueltos integralmente, es necesario contar con profesionistas multidisciplinarios.

Con todo lo dicho se concluye que, los requisitos para ser mediador son muy variados y si bien existe concordancia en que no es necesario que el mediador sea un profesional del derecho, ya que él no va a impartir justicia a través de una sentencia o resolución, sí se defiende el hecho de que el tercero debe ser un experto. Se hace necesario, además, que el tercero no solo conozca sobre las diferentes materias, como: civil, mercantil, familiar, laboral, incluso penal, sino que también posea ciertas cualidades como moderador, para facilitar el diálogo entre las partes, para provocar la avenencia que les lleve a la solución satisfactoria del conflicto e incluso que sea capaz de manejar los aspectos emocionales de las partes.

De esta manera, el mediador podrá cumplir con los tres criterios que algunos autores concuerdan respecto a la mediación: Producir un sabio acuerdo (siempre que sea posible el arreglo); que dicho acuerdo sea eficiente y que éste mejore o, por lo menos, no dañe más la relación entre las partes.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Reseña Histórica de la Ley de Arbitraje y Mediación

La Ley de Arbitraje y Mediación, en vigencia desde el 4 de septiembre de 1997(RO145), en su artículo 43 define a la mediación como: *“un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”*¹²

El concepto exige un análisis especialmente en cuanto a la voluntariedad y las materias que son transigibles, lo que nuestra ley incorpora a diferencia de otras legislaciones y lo que la hace tan valiosa es el carácter extrajudicial y definitivo que se le da al conflicto por medio del acta de mediación, ya que esta tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, lo que pone fin al conflicto, debiendo ser cumplida por las partes caso contrario se la ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. En legislaciones como la argentina o la colombiana al acta se le da una validez de título de ejecución o demérito ejecutivo, respectivamente, ya que al acta no se la asemeja a un valor de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP en su artículo 104 contempla: *“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y*

¹²LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Publicada en el Registro Oficial N° 145 de 4 de septiembre de 1997

*arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.*¹³

Este artículo nos da a conocer que las partes contratantes podrán someterse a la utilización de la mediación, ya que de esta manera llegaran a solucionar sus diferentes conflictos, sujetándose a lo que estipula la Ley respectiva.

El artículo 161 del Reglamento General a la LOSNCP, dispone que:

“Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”¹⁴

En los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública podrán someterse al mecanismo de solución de conflictos como es la mediación, sin autorización expresa del Procurador General del Estado, de conformidad con lo que establece la Ley.

4.2.2 Origen de la mediación en el Ecuador

*“La mediación nace en el Ecuador el 4 de septiembre de 1997, con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación; con esta ley, el Estado reconoce de manera categórica a la mediación como un método de solución de conflictos.”*¹⁵

¹³Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP en su artículo 104

¹⁴Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP en su artículo 161

¹⁵LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, PUBLICADA EN EL REGISTRO OFICIAL N° 145 de 4 de septiembre de 1997

Diré entonces que debemos remontarnos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo del hombre, ya que es tan antiguo como lo es el conflicto. Este es connatural al ser humano y a los grupos que integra.

4.2.3 Importancia del papel del mediador

El papel del mediador es importante en el procedimiento de mediación porque en éste, él se convierte en un Interventor Neutral; es decir, en un facilitador que conduce a las partes en disputa para que lleguen a acuerdos que le sean mutuamente aceptables. Es la persona que reconstruye el conflicto para ponerlo ante las partes de manera justa e imparcial.

Tomando en cuenta que la mayoría de personas ni siquiera saben qué es la mediación y quienes sí tienen conocimiento de su existencia, no saben que es un mecanismo a través del cual, pueden llegar a solucionar sus conflictos sin necesidad de ventilarlos en un juicio; desconocen también que está constitucionalmente reconocido y que, legalmente, los acuerdos a los que lleguen tienen el carácter de cosa juzgada, es decir, que tiene el mismo resultado que una sentencia; es importante, entonces, que el mediador comience explicando a las partes sobre la legalidad del proceso y sobre lo beneficioso que les resulta arreglar el conflicto vía mediación; por la rapidez traducido en ahorro de tiempo y de dinero y por la satisfacción personal; pues son ellos quienes proponen la solución y porque, el arreglo al que lleguen, dará fin al conflicto sin que la relación se deteriore. Es de suma importancia también que el mediador al conducir el proceso, en su diálogo con las partes, tenga ciertas habilidades para encaminarlos a que encuentren la solución a sus problemas.

En esto, es fundamental guiarlos a este fin a través de preguntas abiertas que son las que llevan a contestaciones que contienen sentimientos, con las interrogantes: cómo, qué o cuando. Ejemplos: ¿Cómo le afectó...? ; ¿Qué significa para usted...? ; ¿Cuándo se siente así, qué hace...?. *“Debe evitar usar la pregunta ¿por qué?, ya que puede producir defensividad de las partes. Así como también, debe evitar el uso de preguntas cerradas cuyas respuestas son cortas, con un sí o un no y no permiten que se profundice mayormente en el tema.”*¹⁶

Es decir, el mediador debe estar pendiente de todo, hasta de la forma como se expresa, evitando a toda costa demostrar interés personal alguno en la solución del conflicto, pues podría poner en duda su neutralidad; como tampoco podría dar opiniones personales respecto a los temas que se estén mediando. Su papel primordial es el de emplear todas las técnicas a su alcance para facilitar el acercamiento, la buena comunicación y la negociación cooperativa entre las personas en conflicto, a fin de modificar sus posiciones rígidas, para que, con base en sus necesidades e intereses reales, logren un acuerdo mutuamente satisfactorio; es decir, el mediador debe hacer lo que, en la mayoría de casos, los jueces no hacen en las audiencias o juntas de conciliación: “Procurar por todos los medios encaminar a las partes a darle fin a la controversia.” Con ello, el mediador habrá cumplido con su cometido: evitar que el conflicto sea sometido a juicio; cuyo efecto mediato sería descongestionar los tribunales de justicia a través del desajuste del proceso y obtener así una resolución más rápida y efectiva al conflicto.

¹⁶ FUNDACIÓN CONSULTORIOS JURÍDICOS GRATUITOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR. Aprobada mediante Acuerdo Ministerial No. 00391 del 3 de enero del 2002.

4.2.4 Tipos de mediación

La mediación presenta varias clasificaciones dependiendo de la perspectiva desde la cual se analice, el Dr. Jaime Vintimilla S., abogado y mediador nos indica las siguientes:

”Desde el punto de vista del número de los actores inmersos o número de partes, puede ser: bilateral y plurilateral o multilateral, pues es posible atender casos en los cuales intervienen varias partes; Desde el punto de vista de la ubicación de sus actores, puede ser: pública y privada. Esta división se basa en la calidad de los órganos que forman los centros de mediación o que brindan dicho servicio, así será pública la mediación de la Procuraduría General de la Nación o de cualquier Municipio en tanto que será privada y desarrollada por ONG o Universidades.

Desde la materia tratada o área abordada, la mediación puede ser patrimonial, familiar, laboral, penal, social, etc.

Desde el campo de acción social y por la participación de los miembros de la propia comunidad, la mediación puede ser: institucional o simple mediación y comunitaria o ciudadana, ya que en la primera el tercero imparcial puede ser cualquier persona que cumpla los requisitos legales y reglamentarios, en tanto que en la segunda se requiere que sea un miembro propio del lugar o comunidad donde funcionan los servicios.

Si se considera un elemento extranjero puede ser: interna (local o nacional) e internacional.

Por el número de mediadores inmersos en la audiencia, podemos encontrar: un procedimiento singular con la presencia y facilitación de un solo mediador y otro colectivo donde varios mediadores intervienen. Por ello también se la conoce como mediación.

De acuerdo a la ubicación de los servicios en sede judicial, puede ser: judicial o adscrita a la función judicial y extrajudicial o fuera de su seno. Algunos autores hablan de que la mediación judicial es eminentemente pública mientras que la extrajudicial es privada.”¹⁷

De lo relacionado a la mediación, la parte que no logra satisfacer sus intereses tiene que elegir entre la aceptación de las condiciones impuestas por el vencedor o correr el riesgo de ser totalmente eliminado. Tiene la

¹⁷ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios Sobre La Mediación, Quito, CIDES NED, 2004,^{1ª} ed.p.11.

ventaja de llegar a resultados de mutuo beneficio y eventualmente mejora la relación entre las partes, tiende a obtener resultados ágiles que no desperdician recursos y más bien otorgan beneficios mutuos para las partes.

4.2.5 Principios de la Mediación

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece: *“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual, las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”*¹⁸

Aquí en este concepto hallamos los principios básicos que regularizan el procedimiento de mediación, y que son los siguientes:

- **Personal.**-Comprenden las partes afectadas por un problema las que se ocupan en buscar soluciones; son los actores de sus propios acuerdos toda vez que, la solución arribada es obtenida a partir de ellos mismos.
- **Voluntario.**- Las partes concurren libremente; si una de ellas se niega a asistir, no hay mediación. Las partes no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación, éstas pueden dejarlo en el momento que deseen.
- **Asistido.**- Por una persona capacitada y preparada para facilitar el diálogo en la mediación.
- **Transigible.**-Es decir, en los asuntos en que la ley permite a las partes negociar y buscar una solución.

¹⁸LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Publicada En El Registro Oficial N° 145 de 4 de septiembre de 1997

- **Extrajudicial.-** Es decir, fuera del proceso judicial.
- **Definitivo.-** En el momento en que las partes firman el acta de mediación, ésta tiene el efecto de cosa juzgada o sentencia ejecutoriada.

Se desenvuelve en base a principios, unos propios del procedimiento del sistema judicial y otros inherentes a los medios alternativos de solución de conflictos. *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia”¹⁹*, en el cual las normas procesales han de referir a los principios; simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal; en tanto los referentes a mediación son; voluntariedad, igualdad, confidencialidad, imparcialidad, legalidad; ambos ejecutados en las fases del proceso de mediación desde su inicio hasta su fin.

4.2.6 El Acta de mediación y forma de ejecutarla

El acta suscrita adquiere los efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada, sin necesidad de recurrir a los casos listados en el Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil, ya que este acuerdo no es susceptible de recursos a excepción de la nulidad y rescisión, así la sentencia ejecutoriada tendrá *“efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho”²⁰*. El referido acuerdo ha de ser cumplido, de lo contrario, la parte interesada puede solicitar ante un juez su ejecución, *“del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio”²¹*, contrario a ello únicamente se puede alegar las excepciones originadas posteriormente a suscripción del acta tales como las referidas en el Art. 489 de Código de Procedimiento Civil. La ejecución de obligaciones

¹⁹ART. 18, CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

²⁰ART. 297, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

²¹ART. 47 INCISO 4, LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

pendientes, se efectuaran según lo establecido en el Art. 440 del Código de Procedimiento Civil; en la cual el juez ordenará para que el deudor sea “*compelido a la entrega*”; en la obligación de hacer²², se realice por cuenta del deudor”; si se tratare otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que deba realizarlo.

La ejecutoriedad del acta, produce efectos de cosa juzgada y adquiere efecto de cosa juzgada siendo ello la imposibilidad de discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto en otro proceso anterior.

Para Carnelluti citado en Echandía (2009), distinguió dos identidades tanto la sustancial como la formal: “*La primera se refiere a la imperatividad de la decisión, es decir, a su carácter vinculativo o su obligatoriedad para las partes; la segunda mira a su inmutabilidad, o sea a la prohibición para el juez de volver a decidir el litigio ya decidido, lo que implica la preclusión del derecho a impugnar la sentencia en juicio posterior*”²³

En la cosa juzgada han de converger la identidad subjetiva y otra objetiva, la primera, sobre las mismas partes procesales, ya que solo causa dicho efecto inter partes y la segunda en el juicio realizado sobre la misma cosa, cantidad o hecho, fundado en los mismos hechos o derechos.

Una vez que coexistan tanto el sujeto, objeto y causa, habrá cosa juzgada, mediante pronunciación en sentencia, la cual debe ser cumplida por las partes obligatoriamente, no permitiendo que posteriormente las partes

²²ART. 440 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

²³CARNELUTTI, F. (1944). SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL. (4ta Edición)Buenos Aires

vuelvan a plantear un proceso sobre las mismas pretensiones identidad subjetiva y objetiva. Causa efecto sobre el juez, al impedir que se origine una nueva resolución, esto hace efectiva la seguridad, ya que, si fuese posible plantear posteriormente una demanda sobre el mismo hecho, se afectaría a las partes, como quien a la administración de justicia, dejando sin garantías de protección y declaración de los derechos para quienes lo reclaman, además de restar eficacia a la sentencia. Es el caso que si se plantea una demanda sobre cosa juzgada, se ha de tener que oponer excepción al tiempo de contestar la demanda.

Sobre esta sentencia no hay reformas posteriores a su pronunciación, únicamente se podrá aclarar o corregir errores de cálculo, además de los recursos (Art. 320, CPC), ello si los plazos para su petición no han precluido; en relación a la transacción solo admite la acción de nulidad o de rescisión con arreglo a la ley.

La cosa juzgada y sentencia ejecutoriada, no se verifica en cuanto a los alimentos, puesto que no se obtienen del litigio sentencias, sino resoluciones (Art. 730, Código de Procedimiento Civil.); Las resoluciones que se pronuncian sobre alimentos no causan ejecutoria

4.2.7 De la obligatoriedad de la Mediación

La mediación tendrá una reforma la cual ha sido establecida como requisito previo y tendrá carácter de obligatorio, a fin de dar una pronta solución a los conflictos y como se lo ha propuesto en el proyecto de reforma la cual será vía derivación de la causas de forma obligatoria al inicio de todo proceso en materia transigible.

La voluntariedad de la Mediación no será quebrantada, ya que esta se efectivizará en cualquier etapa del proceso, donde las partes llegarán a un acuerdo acorde a su voluntad; no se obligará a las partes a llegar a un acuerdo, ni se impondrá una solución por el Mediador/a ya que este es neutral y su objetivo es orientar a las partes a alcanzar una solución; en el caso de no concretar acuerdo, se elaborará un acta de improcedencia de Mediación, la cual constituirá el habilitante para iniciar el proceso civil ante el Juez/a de lo Civil. De esta manera es importante tomar en cuenta la siguiente opinión doctrinaria, que dice:

“La mediación obligatoria es uno de los procedimientos que busca superar la insuficiencia del sistema de administración de justicia, cuya importancia y utilidad tienen reconocimiento en las sociedades que han comprendido el efecto positivo que genera, al mejorar el clima de armonía entre los miembros de la sociedad”²⁴.

La obligatoriedad de la mediación debe entenderse en cuanto a someterse a este proceso, participando en ella de buena fe, en la búsqueda de una solución a su conflicto, antes de someterlo a la decisión judicial.

En este caso, la mediación obligatoria resultaría ser como la Audiencia o la Junta de Conciliación, a la cual las partes están obligadas a concurrir; sin embargo, una vez hallándose presentes ante el Juez, no están obligadas a llegar a un acuerdo conciliatorio que ponga fin al litigio legal, pues éste queda a la exclusiva voluntad de los litigantes. Entonces, de no haber el avenimiento, el juicio continúa.

²⁴ PEKAR LEMPEREUR Alain, SALZER Jacques, COLSON Aurélien, MÉTODO DE MEDIACIÓN EN EL CORAZÓN DE LA CONCILIACIÓN. Primera Edición. Edi. Patria. México, 2010, pág. 249.

Tal sería la mediación, en la que las partes están obligadas a concurrir a la sesión convocada; pero, una vez en presencia del mediador, no están obligadas a llegar a un acuerdo que dé solución a su controversia; por lo que, si alguno de los participantes, durante la sesión o procedimiento manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se dará por terminada. En este caso, al no darse el acuerdo, el conflicto pasaría a la vía judicial.

En el momento en que las partes concurren a la mediación obligatoria, es cuando entra en acción el mediador. Aquí, es de fundamental importancia el papel que éste juega, para conducir a las partes a mediar y llegar a una solución del conflicto.

Para el Dr. Mg. Sc. Giovanni Criollo Mayorga, el fundamento de la mediación obligatoria, principalmente se encuentra en tres hechos:

“La existencia de una cultura de litigio muy arraigada en sociedades como la nuestra donde se prefiere la solución de las disputas a través de la jurisdicción ordinaria, lo cual hace que se deje de lado a la mediación aún sin conocer verdaderamente sus alcances y efectos; la obligación estatal, sobre todo ahora que nos encontramos viviendo en un estado constitucional de derechos y justicia social, de solucionar la conflictividad y desintegración social; y, la posibilidad de fomentar el dialogo, la discusión y la negociación entre las partes en disputa con la finalidad primaria de que eventualmente, de ser esa su voluntad, se solucionen sus diferencias, y una finalidad ulterior, pero no por ello menos importante, consistente en que el mecanismo de mediación no quede inoperante. Por estas razones es que no es contradictorio hablar del principio de la voluntariedad en mediación cuando se trata de la mediación obligatoria.”²⁵

Es importante tener en claro que la propuesta de mediación como requisito previo, para solucionar conflictos en materias transigibles y evitar trámites

²⁵ CRIOLLO MAYORGA, Giovanni, Dr., Cuestiones de Mediación, Quito, Primera Parte 2011 en <http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com>.

engorrosos y procesos largos y además costosos, este debe tener algunas consideraciones, tales como:

- 1) Los costos de la mediación sean cubiertos por el Estado, caso contrario se tergiversaría interpretando que se trata de una privatización de la justicia, y ese no es el propósito de la propuesta de reforma a la LAYM.
- 2) Los mediadores y los programas de mediación sean: de alta calidad; de fácil acceso; permitan la participación de las partes; permitan la participación de los abogados; y, que brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos que se requieren.
- 3) Se cuente con una Escuela y un Registro Oficial de Mediadores, para un nivel de capacitación adecuado y un número suficiente de los mismos. El Registro deberá comprender: el Registro de los mediadores calificados (que comprende evaluación de desempeño); Registro de los Centros de Mediación autorizados; Registro de las Instituciones que se dediquen a dar capacitación; y, Registro de Profesionales calificados.
- 4) El Estado debe proveer de la infraestructura y los centros de mediación necesarios antes de implantar a la mediación como requisito previo, además de una campaña continua de difusión y promoción de esta herramienta a la ciudadanía, a nivel empresarial, colegios y universidades.
- 5) Capacitar a los funcionarios judiciales y a los agentes de justicia para que valoren los beneficios de esta herramienta y la apliquen.
- 6) Adicionalmente se debe tomar en cuenta: costos monetarios y emocionales para las partes, el interés de las partes de alcanzar resultados acordes a sus necesidades, los intereses de las personas que no son partes, pero cuyas vidas pueden verse afectadas, la importancia de la confianza pública en el sistema de justicia y sus actores, etc.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Análisis de la Constitución de la República de Ecuador (Mediación)

²⁶ “Como antecedente, es necesario entender el término mediación. El autor Eduardo Zurita nos informa que históricamente el principio de la mediación, *“podría ser el panel denominado “comisionados de conciliación”, que apareció con la creación del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos y que luego se organizó con el nombre de Servicio Federal de Mediación y Conciliación para atender diferencias obrero-patronales. (Moore, 1986)*”. Es así que nuestro Código del Trabajo, es el primer cuerpo legal que utiliza como concepto amplio, la palabra **Mediación**, donde incluso la conciliación responde a un sometimiento obligatorio en conflictos colectivos de trabajo.

La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar, para llegar a un resultado mutuamente aceptable.

El mediador no actúa como juez, pues no impone decisiones, sino que ayuda a las partes a identificar los puntos de controversia, a explorar las

²⁶

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2012/02/28/la-mediacion>

posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses, dando un resultado rápido y económico.

Concepto Legal. *“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”*

Concepto Doctrinal. *“Es una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador. No son jueces ni árbitros, no imponen soluciones ni opinan sobre quien tiene la verdad, lo que buscan es satisfacer las necesidades de las partes en disputa, regulando el proceso de comunicación y conduciéndolo por medio de unos sencillos pasos en los que, si las partes colaboran, es posible llegar a una solución en la que todos ganen o, al menos, queden satisfechos. ... Es voluntaria, es confidencial, y está basada en el diálogo”.*

Sabemos que rige el concepto legal de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero es necesario profundizar auxiliados de más acepciones para entender al máximo su definición y características, propias de la mediación; como vemos, siempre se busca que todos ganen, asegura la confidencialidad y nuevamente propende a la cultura del diálogo; como dice Zulema Wilde y

Luis Gaibrois que la mediación es: *“una negociación expandida, una negociación asistida o dirigida, es decir, es una técnica de solución alternativa de conflictos gestada por un tercero imparcial, denominado mediador”*. Vemos entonces que la Mediación viene a ser un tipo de negociación, un Acta con fuerza de sentencia de última instancia que le da un valor único a la resolución de controversias o los conflictos por este medio alternativo.

Resaltemos lo que Eduardo Zurita al respecto indica que *“La mediación es sinónimo de diálogo... y no existe aún el diálogo como cauce natural de comunicación para resolver y avanzar en la crisis”*. Vemos como incentiva mucho lo que se denomina como cultura del diálogo, basada en la comunicación directa, lo que actualmente llamamos como sistema alternativo de solución de impases, donde sino es posible entre las partes llegar a un acuerdo, debería ser necesario la intervención de un tercero, que puede ser el mediador, luego sometimiento al Arbitraje que ya se convierte en mecanismo adversarial y finalmente recurrir al Estado como autoridad de juzgador y responsable de la justicia.

Concepto Institucional. *“En un procedimiento de mediación, un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria. Cualquier acuerdo se formaliza en un contrato. Es un modo eficaz y económico de alcanzar ese resultado manteniendo, y en ocasiones mejorando, la relación entre las partes. ... Es*

un procedimiento no obligatorio, confidencial y basado en los intereses de las partes”.

Podemos rescatar de esta aseveración, que no se habla de un conflicto sino de una controversia, que termina en un contrato; bueno esto propio de la función institucional de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual que han decidido llegar a firmar un contrato. Otras características que vemos son su carácter económico, la eficacia y el fundamento en los intereses de cada uno.

Concepto Académico. *“Intervención. Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha”.*

Concepto Político. *“Es una de las formas de solución pacífica de las controversias internacionales. Está consagrada en la Carta de las Naciones Unidas “.*

Hemos podido enfocar estos criterios que colaboran con la interpretación de la mediación. Pero aunque la Ley de Mediación y Arbitraje no habla sobre la supletoriedad de la ley, solo que por su Carácter Especial, está sobre toda norma que se le opusiere; así podemos analizarla desde la perspectiva de los cuerpos legales generales, siempre y cuando no se opongan, sino más bien la complementen o enriquezcan para su interpretación y desarrollo; así:

Acuerdo. Como un acuerdo, como vimos en todas las definiciones, e incluso que se convierte en un contrato. Así cabe señalar que este acuerdo vendría ser fuente de obligación como lo estipula el Art. 1453 del Código Civil, en su libro IV, De las Obligaciones; pues las partes aceptan someterse a la mediación y obligarse al momento de suscribir el acta, siendo este, un concurso real de voluntades.

Capacidad Legal. Es necesario esclarecer que las partes que concurran a una mediación y por medio de esta finalmente se obliguen por medio del acta de declaratoria de voluntad, deben, de acuerdo al Art. 1461 del Código Civil, sobre la capacidad.

Contrato. Existe una disyuntiva a lo que concierne el acuerdo que recoge el acta de mediación, pues algunos la toman como un contrato por el hecho de que según el Art. 1454 del Código Civil, toma al contrato o convención al acto donde una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer algo. Que podrían ser unilaterales o bilaterales. Así en Acta de Mediación encierra la obligación, el acto donde una parte se obliga con otra.

MARCO JURÍDICO REFERENCIAL EN EL ECUADOR. Dentro de la Comisión de Notables reunida en el año de 1994, por motivo de una serie de reformas, la idea nace a partir de la propuesta realizada por el Doctor Jorge Zavala Egas, que fue respaldada por los demás miembros de la Comisión, es decir, hubo consenso sobre la propuesta planteada.

La redacción que propuso la Comisión de Notables fue la siguiente:

"Se reconoce el sistema arbitral y otros mecanismos alternativos para la solución de las controversias".

Luego, una vez que el Presidente Sixto Duran Ballén, envía el proyecto de reformas al Congreso Nacional, el 4 de octubre de 1994, por diferentes circunstancias se trataron los asuntos por tres diferentes "paquetes" y en diferentes momentos.

El tema que nos irrumpe, se trató en el segundo paquete de reformas; y es el 11 de enero de 1995, donde se aprueba en primer debate por unanimidad y el 12 de enero de 1995, se aprueba en segundo debate sin ninguna observación.

El 26 de noviembre de 1995, se realiza una nueva consulta popular - convocada por el Presidente de la República el 29 de agosto de 1995 - posterior a la consulta del 28 de agosto de 1994. En ésta consulta, sin ningún justificativo aparente, se incluye en una pregunta que hacía referencia a la Función Judicial, el tema de Medios Alternativos.

El texto de la Consulta Popular y la pregunta referente a la Función Judicial, introduce un inciso, redactado de la siguiente manera:

"Se reconoce el sistema arbitral y otros medios alternativos para la solución de controversias".

El resultado de la Consulta Popular del 26 de noviembre de 1995 fue negativo, en la totalidad de sus preguntas.

A pesar de esto, el 16 de enero de 1996, se publica en el Registro Oficial el llamado segundo bloque de reformas, en el cual, como quedó señalado en líneas anteriores, se incluía el tema de los Medios Alternativos. Si remitimos al texto constitucional, que regiría entonces, se puede concluir que la publicación del tema de los Medios Alternativos en la Constitución Política, carecería de validez, era inconstitucional; porque el resultado de la Consulta Popular, dos meses antes fue negativo respecto a toda la consulta, incluyendo medios alternativos.

A pesar de este análisis antes dicho, el texto de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, definitivamente, en su Art. 191, inciso tercero, decía: *"Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley"*. Actualmente se lo reconoce de manera similar en la actual Constitución en el artículo 97 cuando se habla del uso de la mediación en lo que respecta a la Organización Colectiva, sobre los principios de participación en democracia y en el artículo 190 de manera específica cuando se reconoce a la mediación como un medio de solución de conflictos.

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente, es Ley de la República desde el 4 de septiembre de 1997, publicaba en el Registro Oficial número 145, esta norma jurídica derogó disposiciones de Arbitraje que se encontraban contenidas en el Código Procesal Civil y la Ley de Arbitraje Comercial, dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963 del Ecuador. Además viabilizó la Mediación en el Ecuador, tanto en lo que respecta a Mediación Institucional como a Mediación Comunitaria, establece determinados requisitos y formalidades que deben cumplir tanto Mediadores como Centros de Mediación, para que cumplan con su finalidad en forma completa.

Esta Ley es innovadora, pues ha permitido reconocer la existencia de la Mediación Comunitaria, lo cual viabiliza que las diferentes comunidades y los sectores urbanos marginales puedan resolver sus diferencias o problemas internos por medio del diálogo y la Mediación, antes que acudan a la Justicia Ordinaria, a más de que nos encontramos en un estado plurinacional e intercultural.

Ahora bien el Código Orgánico de la Función Judicial determinó en su artículo 130 numeral 11, que de ser el caso conveniente se derive el proceso a una oficina judicial (aún no creada) de mediación intraprocesal con la finalidad de llegar a la conciliación, algo que viene a ser, a mi criterio, una derivación procesal como lo establece la ley de la materia y el instructivo de

derivación procesal. A más de que siempre se confunde entre mediación y conciliación, ya que son diferentes, el primero cuando el mediador no puede proponer fórmulas de arreglo, mientras que en el segundo caso el Juez puede hacerlo dentro de sus facultades que tiene revestidas como tal.

Administrativo.- En cuanto a la parte administrativa, tenemos el Instructivo para el Registro de Centros de Mediación, publicado en la Gaceta Judicial, Año XCIX, Serie XVI, No.14, de 29 de junio de 1999, Página 3862; el cual establece los requisitos para su inscripción, los pasos administrativos y una serie de requisitos que veremos adelante.

Como hemos visto, tenemos todo un proceso en lo que respecta a los medios alternativos, es importante, hacer mención del Instructivo para la derivación de causas a Centros de Mediación, emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura, el 1 de agosto de 2007 publicado en el Registro Oficial No. 139, donde de oficio se deriva toda causa de niñez y adolescencia y de ser el caso juzgados civiles donde se haya radicado la competencia; esto luego de ser calificada la demanda y aceptada por las partes, haciendo referencia lo que manifiesta el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

FUNCIONALIDAD DE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN EN EL ECUADOR.

Para que pueda existir un centro de Mediación y por ende entre en funcionamiento se deben acatar varias disposiciones legales al respecto. En

tal sentido considerando la disposición del Art. 52 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se necesita:

Registro en el Consejo de la Judicatura, quien da vida para su funcionamiento. Para este registro nos basamos en el Instructivo para el Registro de Centros de Mediación, resuelto por el ex Consejo Nacional de la Judicatura el veinte y nueve de junio de mil novecientos noventa y nueve, que entre otras cosas pedía el Comprobante de pago de la Tasa Judicial. Actualmente derogado tácitamente.

Este proceso de inscripción dura 15 días, donde habiendo pronunciamiento positivo o no, se entiende como aprobada la solicitud. De lo contrario se puede volver a presentarla, y completando la documentación o requisito indispensable.

Es importante señalar que todos los centros de mediación deberán remitir copias certificadas de las actas mensualmente, y la lista de sus mediadores autorizados con sus respectivas firmas. Además cada año deberán presentar un informe descriptivo que refleje la capacitación brindada, las causas atendidas y los resultados de las mismas. Todo esto al Consejo Nacional de la Judicatura.

Control.- Nos queda claro que el Consejo de la Judicatura será el órgano competente para el registro de Centros y Mediadores, llevando los

respectivos registros como lo dice el mismo Instructivo para el Registro en su Art. 7; pero lo que si queda en duda es el control de los mismos y las respectivas sanciones por omisiones a la ley, instructivos o quejas recibidas. Lo que si se exige es una constatación de la constitución y legal funcionamiento de las oficinas de los centros, pero por parte de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, pero solo para los Centros cuando se proceda a la derivación de los procesos por parte de los jueces. Esto conforme al Art. 12 del Instructivo para la Derivación de Causas.

Registro de Centros por Derivación de Causas.- Además parte de este control, La ex Delegación Distrital será la encargada de receptar las solicitudes de centros que deseen ser considerados para la derivación de causas, para lo cual deben presentar: - Certificado del Registro y - Cupo mensual de causas por juzgado que pueden atender.

Donde la delegación o ahora dirección provincial deberá informar a los Jueces competentes la lista de centros autorizados con sus respectivos cupos y cualquier otra información que se necesite.

Es importante señalar que el Código Orgánico de la Función Judicial establece la responsabilidad de los mediadores, puesto que el artículo 17 establece el principio de servicio a la Comunidad, determinando que es un servicio público, donde la misma Constitución establece los compromisos de los servidores públicos y de los profesionales, determinando así esta noble

tarea mediadora que debe ser encaminada en el respeto de los derechos garantizados por la Constitución, instrumentos internacionales y las leyes; y mucho más en el caso del Consejo de la Judicatura cuando tiene que registrar y controlar los centros de mediación y a los mediadores.

Los medios alternativos de solución de conflictos entre ellos la mediación son reconocidos bajo normativa constitucional, sumándose de forma alternativa al sistema judicial así en la Constitución del Ecuador. *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”*²⁷

Medios que han de concentrarse en materia transigible, y expresamente el inciso 2do. del Art. 190, señala las “acciones de contratación pública”, y determina al arbitraje como el medio especial acorde a los M.A.S.C, pero la Constitución de la República del Ecuador va más allá de un reconocimiento, brinda la posibilidad que aquellas organizaciones colectivas públicas o privadas puedan, “desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley” (Art. 97, Constitución de la República del Ecuador); para ello el procedimiento a aplicarse, es acorde a Ley de Arbitraje y Mediación, pero son varias organizaciones e instituciones, que han dado origen a reglamentos propios refiriéndose a estos métodos, dándoles objetivos en relación con sus funciones, adaptando proceso, tal es el caso del Instituto de Propiedad Intelectual que cuenta con su respectivo

²⁷ CONSTITUCION DEL ECUADOR Art. 190

reglamento, sumándose a estas instituciones otras como; Ministerio de Relaciones Laborales, Cámara de Comercio y Construcción, entre otras.

4.3.2 Análisis de la Ley de Arbitraje y Mediación

El Arbitraje en el Ecuador es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Es un procedimiento privado, convencional y oneroso, que surge a partir de un conflicto entre dos partes que celebraron un contrato, dentro del cual se estableció una cláusula arbitral, con el fin de que las controversias o desacuerdos que llegaren a presentarse, sean sometidas al conocimiento de un tercero llamado “Tribunal Arbitral”.

Alejandro Ponce Martínez, considera que *“El proceso arbitral en sí, en términos generales, se inicia con la existencia de un convenio arbitral que debe constar por escrito y sujetarse a las normas de procedimiento señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y a los centros de arbitraje...”*.

La Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No.145 del año 1997, derogó la Ley de Arbitraje Comercial que tuvo vigencia desde el 23 de octubre de 1963. Se creó un marco jurídico adecuado para la correcta aplicación, de los M.A.S.C, tales como el arbitraje, mediación.

En el Art. 43, de la Ley de Arbitraje y Mediación, nos brinda una definición clara sobre la mediación, ya que denota la extrajudicialidad del proceso, al

hallarse fuera del juicio y conocimiento del juez, debiendo conocerlo un tercero neutral, llamado mediador, que no deberá tener interés en la causa. Además, ha de contribuir a la solución de la controversia, a través del acta que contiene un acuerdo, que debe verificarse dentro de la capacidad contractual, consentimiento, objeto lícito, causa lícita; el cual no será coaccionado, haciendo que se dependa de voluntad intrínseca y legal de las partes. El referido acuerdo ha de versar sobre materia transigible, y se ha de tomar en cuenta las normas relativas a la “transacción” del Código de Procedimiento Civil.

El Art. 60, Ley de Arbitraje y Mediación, reconoce la mediación comunitaria para las comunidades indígenas, negras o cualquier organización comunitaria, los cuales se registrarán acorde a la ley de arbitraje y mediación, se tomara en cuenta la condición socio económico, cultural y antropológico de las comunidades atendidas. Se diferencia de la mediación al realizarse por un miembro de la comunidad, no por un mediador independiente o institucional; hoy puede realizarse por jueces de paz que podrán resolver únicamente las que versen sobre contravenciones y conflictos individuales.

Evidenciándose, que la norma se ha ido haciendo más flexible, acorde a la época, a la realidad socioeconómica y cultural de cada sociedad y comunidad, pudiendo reglamentar las conductas y sancionar de acuerdo al tipo de justicia al que cada individuo se rige.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en vigencia desde el 4 de septiembre de 1997(RO145), en su artículo 43 define a la mediación como: *“Un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”*²⁸

El concepto exige un análisis especialmente en cuanto a la voluntariedad y las materias que son transigibles, lo que nuestra ley incorpora a diferencia de otras legislaciones y lo que la hace tan valiosa es el carácter extrajudicial y definitivo que se le da al conflicto por medio del acta de mediación, ya que ésta tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, lo que pone fin al conflicto, debiendo ser cumplida por las partes caso contrario se la ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.

El hecho de que una Ley de Arbitraje y mediación, esté contenida en la normativa ecuatoriana, permite agilizar y descongestionar el sistema judicial, así como a su vez, brinda una solución más rápida, evitando trámites y litigios a los ciudadanos, cuyas causas tratarían sobre materia transigible, por lo tanto, se evidencia la necesidad de aplicarla y la importancia de difundir las ventajas de la utilización de los M.A.S.C

²⁸ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Art. 43 vigente desde el 4 de septiembre de 1997(RO145)

En legislaciones como la Argentina o la colombiana al acta se le da una validez de título de ejecución o demérito ejecutivo, respectivamente, ya que al acta no se la asemeja a un valor de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP en su artículo 104 contempla: *“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.”*²⁹

El artículo 161 del Reglamento General a la LOSNCP, dispone que:

“Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción”.³⁰

En los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no podrá pactarse el sometimiento a arbitrajes internacionales sin autorización expresa del Procurador General del Estado de conformidad con la Ley.

²⁹ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Art. 104

³⁰ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Art. 161

4.3.3 Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial

En el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009, el Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización del “Congresillo”, expidió el Nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, en reemplazo de la hasta entonces vigente Ley Orgánica de la Función Judicial, promulgada en el Registro Oficial 636 del 11 de septiembre de 1974, cuyas normas ya caducas no respondían a la realidad del servicio de justicia nacional que reclama la sociedad ecuatoriana.

No es un secreto que la justicia ecuatoriana deja mucho que desear. Sin embargo, es menester aclarar que contra lo que suele creerse, la crisis del poder judicial no es tanto un problema imputable solamente a los actores directos del servicio de justicia –jueces, secretarios, fiscales y más curiales- sino más bien al trato discriminatorio del poder político que ha convertido a la Función Judicial en la “cenicienta” de todas las demás funciones del Estado, al negarle los recursos y los medios técnicos suficientes para que ella pudiera realizar una labor eficiente y de total reconocimiento de la colectividad.

El nuevo Código Orgánico de la Función Judicial pretende realizar un cambio radical en la forma de hacer justicia en el Ecuador. Entre sus principios sostiene que la nueva normativa judicial integra a las personas y colectividades como sujetos centrales de la actuación de los jueces, fiscales, defensores públicos y demás servidores judiciales, incorporando los estándares internacionales de derechos humanos y de Administración de Justicia, para construir una sociedad profundamente democrática, al amparo de la también nueva Constitución vigente que establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derecho y justicia, por lo que la actuación de los

servidores de la justicia debe estar acorde con los principios y disposiciones constitucionales.

En lo que respecta a nuestro tema de trabajo; el referido Código en su Art. 17, ha incluido a Centros de mediación de conflictos, dentro del principio de servicio a la sociedad, determinándolo como un servicio público lo cual, y que por sus evidentes beneficios el Estado expresamente, ha permitido su inclusión dentro de la función judicial.

Hoy se cuenta con oficinas de mediación al interior de la Cortes Provinciales de Quito Guayaquil, Cuenca, Loja, Ambato, Riobamba, etc.; para lo cual el Art. 130, numeral 11; Código Orgánico de la Función Judicial, ha determinado su trámite dentro de las facultades de las Juezas y Jueces.

“Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional.”³¹

Todo acuerdo que sea prohibido carecerá de validez, dando paso a la nulidad, aclaración en virtud efectos del acta puesto que produce aquellos efectos de una sentencia de última instancia, por lo cual su legalidad ha de darse en cómo se halle elaborado el acuerdo esto es acorde al derecho.

³¹ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Art. 130, numeral 11;

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

La legislación comparada es la comparación que se hace entre las distintas leyes de un país referidas a un mismo tema jurídico. Esta comparación entre las leyes sirva para ver las diferencia o similitud de tratamiento legal que le dan los países a temas jurídicos específicos. La legislación comparada nace no solo por la distinta legislación jurídica sobre un tema, sino además por las distintas concepciones teóricas y dogmáticas sobre el derecho.

4.4.1 La mediación en Argentina

³²En la última década del siglo XX los tribunales argentinos se encontraban virtualmente colapsados. Una estadística del 1990 señala que en el ámbito nacional se presentaron 168.400 demandas, mientras que sólo se finalizaron 24.069 asuntos, o sea apenas un 14,3%. Ello hizo que en 1991 se creara una comisión para estudiar la mediación como método alternativo para resolver disputas. A comienzos de 1994 se realizó en el ámbito de los tribunales nacionales argentinos un proyecto piloto de mediación. En él participaron 20 juzgados civiles en los que se sometieron a mediación asuntos de familia y patrimoniales.

Un 60% de los casos fueron derivados a mediación por los jueces y el 40% restante se sometió a mediación por iniciativa de alguna de las partes y/o

³² <http://www.diariojuridico.com/ley-argentina-de-mediacion-prejudicial-enseanzas-despues-de-16-anos-de-funcionamiento/>

sus abogados. La experiencia arrojó una tasa de acuerdos del 50% de las mediaciones que tuvieron lugar (ya que en aprox. un 30 % de los casos no compareció una de las partes o se trató de una materia que no era dispositiva, como p.ej. asuntos de filiación). Este resultado fue considerado muy positivo y alentó a que algunos años más tarde se promulgase una ley de mediación para los ámbitos Civil, Comercial, y Civil y Comercial Federal (ley 24.573).

II. Rasgos distintivos de la Mediación en Argentina

Cuando hablamos de la mediación argentina, nos estamos refiriendo al sistema que rige desde 1996 en el ámbito nacional (Ley de Mediación 24.573 de 1996 y su decreto Reglamentario 91/98, modificadas por la ley de Mediación 26.589 de 2010 y su decreto Reglamentario 1467/2011). Varias provincias tienen sus propias leyes de mediación.

- Concepto de mediación:

Es interesante destacar que ninguna de las leyes referidas ni sus decretos reglamentarios definen el concepto de mediación. Sólo se citan algunos de sus principios, p.ej. la confidencialidad del proceso, la imparcialidad del mediador y la libertad y voluntariedad del proceso (entendiéndose como tales la posibilidad de cualquiera de las partes de dar por finalizado el proceso en cualquier momento).

- Instancia prejudicial obligatoria:

En la mayoría de los asuntos civiles y comerciales de contenido patrimonial y también en algunas cuestiones no patrimoniales como el régimen de visitas y cuestiones de tenencia, para poder iniciar un juicio es obligatorio haber celebrado previamente al menos una audiencia de mediación o haber comparecido a la misma. La legislación establece taxativamente los asuntos que quedan excluidos, como p.ej. sucesiones, quiebras y juicios ejecutivos. En los divorcios, filiaciones, etc. se aclara que las cuestiones patrimoniales que se deriven de estos procesos también deberán ser sometidas a mediación. En el caso de juicios ejecutivos y desahucios, la mediación es optativa para el reclamante, sin que la parte demandada pueda cuestionar esta vía.

Ambas partes están obligadas a concurrir a la primera audiencia de mediación. Caso contrario serán pasibles de una multa (que hasta el momento no se aplica por cuestiones burocráticas) Pero una vez iniciada la mediación pueden darla por finalizada en cualquier momento.

Obligación de comparecer personalmente:

En el caso que las partes reclamantes o requeridas sean personas físicas, deberán comparecer personalmente (salvo que se encuentre domiciliadas a más de 150 km de la Ciudad de Buenos Aires), vale decir que no puede hacerse representar por. p.ej. su abogado. Esto, obviamente, no rige para las personas jurídicas.

Asistencia letrada obligatoria:

Las partes están obligadas a comparecer a todas las audiencias de mediación junto con su abogado.

Capacidad para ser mediador:

Para ser mediador se requiere a) Ser abogado con más de 3 años de ejercicio, b) una formación específica en alguna institución homologada por el Ministerio de Justicia y c) aprobar un examen ante dicho ministerio.

Elección de mediadores:

Los mediadores podrán ser designados por sorteo o a propuesta de la parte reclamante de la mediación. La opción la tiene quien solicita el inicio de la mediación. Desde ya que el mediador también podrá ser designado de común acuerdo entre las partes, aunque en nuestra experiencia esta es la forma de elección menos frecuente.

Procedimiento de inicio de mediación.

Si la parte reclamante opta por un sorteo, deberá concurrir a la cámara que nuclea los juzgados de 2da instancia del fuero que corresponda, donde se le comunicará el mediador que ha sido designado.

En caso de proponer la parte reclamante un mediador, esta deberá notificar a la contraparte dicha designación, pero ofreciendo un listado con al menos

otros 4 mediadores que podrá elegir la contraparte en caso de no estar de acuerdo con el mediador designado por el reclamante.

Si las partes eligen el mediador de común acuerdo, no es necesaria ninguna notificación previa, pudiendo acordar directamente con el mediador la fecha y hora para el inicio de la mediación.

A diferencia de lo que establece la reciente ley española, la legislación argentina no prevé una audiencia informativa. Simplemente menciona que en la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación. Esto nos parece acertado, ya que evita que las partes deban concurrir al despacho del mediador para informarse y luego otra vez más para comenzar la mediación.

La Mediación obligatoria interpuesta en la ciudad de Buenos Aires Argentina. Que data desde el comienzo de los años 90, entonces se habían dado algunos desarrollos por ejemplo en el área familiar, pero entremezclándose con la terapia o asistencia. *“La sanción y promulgación de la ley nacional nro. 24.573 de 1995 que instituye la MEDIACION PREJUDICIAL OBLIGATORIA, en Capital Federal, se da un impulso notable a la instauración de los métodos A.D.R. y R.A.D. (Alternative Dispute Resolution o Resolución Alternativa de Disputas) en la Argentina.”*³³

³³ FUENTE: Manual de formación básica de mediadores Argentina.

En la actualidad en Argentina se encuentra en plena vigencia esta ley y podemos afirmar que nos encontramos frente a una nueva forma de ver un trabajo para los profesionales del derecho, ya que la mediación se consolida como un método para resolver controversias que se dan en la sociedad.

Como política diseñada por el Gobierno para dar paso al cambio, el 19 de agosto de 1992 el poder ejecutivo nacional, introdujo y declaró a la mediación de interés nacional a través del decreto 1480/92, así también se creó un Cuerpo de Mediadores, para la formulación de un Programa Nacional de Mediación.

“Mediante un acta convenio los tribunales superiores de las provincias de La Rioja, Santa Cruz, Tierra de fuego, Tucumán, Salta, Santa Fe, Santiago de Estero”³⁴

El 27 de octubre de 1995 se sanciona la Ley de Mediación y Conciliación.

“24.573, ya reglamentada primitivamente mediante decreto 1021/95 (B.O., 29-XII-1995), modificado por el decreto 477/97 (B.O., 7-V-1996), disposiciones estas últimas derogadas por el decreto 91/98 (B.O., 29-I-1998), vigente como reglamentación actual de la ley, posteriormente fue renovada por la Ley 26.589 en el 2010, estableciéndola como requisito para iniciar un juicio”³⁵.

³⁴ DUPUIS, 2001, pag. 25, Mediación y Conciliación; Mediación patrimonial y familiar, conciliación laboral.(Segunda Edición).Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

³⁵ LASCALA, 1999, pag. 13, Aspectos Prácticos en Mediación. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Aquí en este país desde el año 1998 se empezó a incluir dentro del régimen jurídico la Mediación de segunda generación conocido como Procesos Colaborativos de Construcción de Consensos para resolver conflictos.

4.4.2 La Mediación en Colombia

Colombia ha sido considerada históricamente como uno de los pioneros en materia de arbitraje, no solamente por haber tenido una legislación moderna y avanzada que de hecho sirvió de base a otros estatutos de arbitraje en América Latina sino además por haber tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencia la abundante en la materia. Podemos afirmar que en Colombia existe una cultura arbitral con un número importante de operadores del arbitraje (árbitros, asesores y centros de arbitraje) y que la cantidad de asuntos que se someten a los tribunales de arbitramento son los más altos en la región.

“En el Arbitraje Colombiano, se puede distinguir un asunto muy especial, que se propuso en el sector de Telecomunicaciones como una innovación muy importante en la que el Órgano Estatal Regulador iba a tener la facultad de Arbitrador, para tratar los problemas surgidos entre operadores, con la seguridad de que el árbitro elegido debía ser un experto en la materia, y que por su naturaleza tendría una clara comprensión del conflicto que se debate, ya que se contaba con el soporte técnico de profesionales y personal de apoyo, así como de los asesores externos, que ostentaban los conocimientos profesionales adecuados y las perspectivas del sector, por lo que ésta facultad en la práctica, se iba a constituir como una magnífica ventaja para los operadores de servicios de telecomunicaciones que acudían al arbitraje ante el Organismo Regulador, pero lamentablemente éste proyecto no contó con la aprobación de los organismos competentes para sacar a

la luz un proyecto que hubiera servido de ejemplo y de base para el sector de telecomunicaciones en América Latina³⁶.

Tras haberse expedido un Código General del Proceso, recientemente ha sido sancionada y promulgada una nueva ley de arbitraje en Colombia. En concreto, la Ley 1563 de 12 de julio de 2012, que comenzará a regir a partir del 12 de octubre. El estatuto aprobado comprende tanto el arbitraje nacional como el internacional, participando en el mismo importantes juristas nacionales, entre los que se incluyen los miembros de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal en Colombia.

En los últimos años, sin embargo, diversas situaciones, y particularmente las decisiones de los altos tribunales, han llevado el marco normativo del arbitraje en Colombia a una categoría de simple conjunto de normas e interpretaciones que distan mucho de constituir un verdadero sistema. Los vacíos e inconsistencias son notables; la voluntad de las partes ha perdido terreno en pro de una judicialización del arbitraje: la línea que diferencia al árbitro del juez es cada vez más tenue, y el formalismo campea en los procesos arbitrales. Sin embargo, la creatividad de un número importante de árbitros y usuarios del arbitraje, por una parte, y algunas decisiones judiciales que han marcado pautas importantes particularmente en materia de arbitraje internacional, han dado un segundo aire al arbitraje que ha permitido, en alguna medida, mantener la tendencia de llevar a arbitraje un número importante de controversias.

³⁶ EL SISTEMA DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN COLOMBIA.

Colombia no es ajena a la globalización ni a la tendencia de modernización de las normas arbitrales que se observa en América Latina. No solamente es un asunto de seguridad jurídica, sino también de competitividad. La adopción de estatutos modernos de arbitraje es impulsada, entre otros, por el deseo de promover y atraer la inversión y de tener un verdadero sistema de arbitraje que sea fácilmente reconocible por obedecer a parámetros internacionalmente aceptados, pero también como un sistema de promover el país como sede de arbitraje con todo lo que ésta elección conlleva.

4.4.3 La Mediación en Norteamérica (Estados Unidos)

En Norteamérica la mediación se desarrolla en base a tres modelos principales; el Harvard, Bush y Folger, y Sara Cobb, que se determinan según el conflicto y efecto a lograrse, así Hoyos & Viana (2012) realiza un ejemplo:

“El Modelo Tradicional de Harvard ha resultado apropiado para la gestión de conflictos en empresas, mientras que el modelo transformativo es recomendable en todos aquellos casos o ámbitos en los cuales sean muy importantes las relaciones. El Modelo Circular-Narrativo tiene la ventaja de su gran aplicabilidad al estar centrado tanto en las relaciones como en los acuerdos. En 1994, el departamento de justicia estableció el programa de Mediación que opera en la actualidad con la Fundación Key Bridge.”³⁷

La Mediación en estados Unidos tiene su origen desde las inmigraciones Chinas y ya a partir del pensamiento de Confucio se adaptaría como

³⁷ HOYOS, f. y VIANA, i. La Mediación como Herramienta de Trabajo, 2012
http://dialogos.com/articulos/la_mediacion.pdf

alternativa de solución de conflictos en el tema laboral e industrial como la junta que se creó en 1934 “National Mediation Board” , la autorización de representación y solución de controversias de los trabajadores de los ferrocarriles y aviones; así con el mismo fin se creó a 1947 la “Federal Mediation and Conciliation Service” únicamente con la diferencia que ofrecería servicios a los trabajadores y la comunidad, ello ocurrió bajo la presidencia de Jimmy Carter, propuesta que tuvo resultados positivos, siendo de esta forma California la cual acogería a la mediación de forma obligatoria. Mecanismo que más tarde sería identificado como Alternative Dispute Resolución o en sus siglas ADR, la cual acoge tanto a mediación como arbitraje.

En 1978 Florida, se creó el primer Comité de la Suprema Corte Estatal de Resolución Alternativa de disputas, en los 90 se incorpora en la legislación los R.A.D que a nivel privado con conocidos como American Arbitration Association. En 1994, el departamento de justicia estableció el programa de Mediación que opera en la actualidad con la Fundación Key Bridge

5 MATERIALES Y MÉTODOS

Para la ejecución de esta investigación jurídica, he estimado conveniente utilizar diferentes materiales entre los que tenemos:

5.1. Materiales utilizados

Los de oficina como es un escritorio, papel, grapadora, perforadora, tintas para impresora, lápiz, borradores, folders, sobres manila, etc. En lo Tecnológico utilice una computadora que me sirvió para levantar datos, hacer diferentes documentos que la investigación requería y lo más relevante es que se grabó toda la información que se recopiló y además para realizar consultas en Internet, una flash memory y el proyector infocus que se lo utilizará en la socialización del trabajo investigativo. Así como también utilice textos relacionados con la Constitución de Ecuador, el Derecho Civil, Código de procedimiento Civil, Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Arbitraje y Mediación, artículos etc.

5.2. MÉTODOS

Método Descriptivo: Este método se empleó para efectuar la delimitación de cada una de las categorías conceptuales, doctrinarias y jurídicas que constituyen el segmento de la revisión de la literatura; como en la parte que corresponde a la investigación de campo, en

donde se realiza la representación de la información conseguida, el análisis e interpretación de la misma.

Método Bibliográfico: Este método fue de gran ayuda debido a que me permitió estructurar la revisión de la literatura puesto que utilice textos, libros, revistas o determinados documentos, que tienen relación directa con la mediación y así logre obtener toda la información que me llevo a la fundamentación conceptual, doctrinario y jurídico de la investigación sobre el tema planteado.

Método Inductivo – Deductivo: Con este método logré identificar los motivos que inducen la acumulación de causas en los juzgados, como también cuál es el denominador común que asocia dichas acumulaciones; y que nos orienten a buscar la solución más viable y proponerla para su aplicabilidad.

Método Analítico – Sintético: Este método permitió, por un lado, conocer más el objeto de estudio; y, por otro, analizar y sintetizar los criterios conceptuales, doctrinarios y jurídicos que, a su vez, nos conduzcan a valorar en su real dimensión la problemática existente en nuestra administración de justicia

Método científico: Este método se aplicó desde la formulación del problema, los objetivos e hipótesis, ya que constituye la base

principal, para el desarrollo de todo el trabajo investigativo y por qué se trata de un problema jurídico existente en la sociedad, del cual se pretende dar una posible solución al problema detectado.

Método Estadístico: Se empleó para la presentación de cuadros, gráficos estadísticos y el análisis de los resultados obtenidos en la investigación de campo y cuya finalidad fue interpretar los resultados obtenidos en la técnica de la encuesta y la entrevista, y proceder a la y la elaboración de un comentario final acerca de estas opiniones.

Método Comparado: Se recurrió a este método en la parte final del marco jurídico que consta en la revisión de literatura, en donde se recurre a realizar una comparación entre las normas de la legislación ecuatoriana sobre la mediación, y la que en este mismo sentido se encuentran previstas en las legislaciones de otros países.

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

El procedimiento para la realización y exposición final de este trabajo en todas sus partes se acopla a las disposiciones pertinentes del artículo 151, del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, tanto en su parte formal como en su estructura de fondo; como es la observación, el análisis y la síntesis desarrolladas, que me permitieron obtener la información sustancial,

auxiliándome con técnicas adecuadas para la recolección de la información, tales como el fichaje bibliográfico; y que lo aplique en el desenvolvimiento de la doctrina y la normativa legal.

Las técnicas que se han empleado en la ejecución de este trabajo investigativo son las siguientes:

La observación, que me permitió obtener información correcta del objeto a investigar, la lectura científica, análisis de contenidos que permitieron la información necesaria para la estructura de la investigación, de diálogo, a través de la cual, pude lograr interrelacionar con los abogados en libre ejercicio de su profesión.

La encuesta, con la cual diseñé el formulario de preguntas, que luego se aplicó a profesionales del derecho, empleados y funcionarios de la Corte Provincial de Justicia, docentes universitarios y de la defensoría Pública, los mismos que me proporcionaron información precisa de la problemática como objeto de estudio.

La Entrevista, se desarrolló de una manera directa con cuatro Abogados en libre ejercicio de la profesión y profesionales que desempeñan cargos relacionados con el tema de investigación, a fin de obtener información sobre aspectos importantes de la mediación como un requisito previo antes de iniciar cualquier proceso judicial.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de Aplicación de Encuestas

La investigación de campo es uno de los elementos primordiales de la investigación jurídica, se transforma en un soporte técnico jurídico para ubicar con claridad la problemática a determinar y así aplicar las posibles soluciones. Además se dará a conocer los diferentes criterios y opiniones emitidos por los profesionales del derecho y de quienes ejercen actividades relacionadas de manera directa con el tema de la mediación. Para esto se recurrió a la utilización de esta encuesta, realizando preliminarmente un cuestionario con cinco preguntas, las mismas que se encuentran claramente definidas de una manera clara y precisa con el objeto de investigación.

Una vez definido la forma en que iría la encuesta, se recurrió a escoger a treinta profesionales del derecho en el libre ejercicio, empleados y funcionarios de la Corte Provincial de Justicia, docentes universitarios y de la defensoría Pública en el cantón Guaranda.

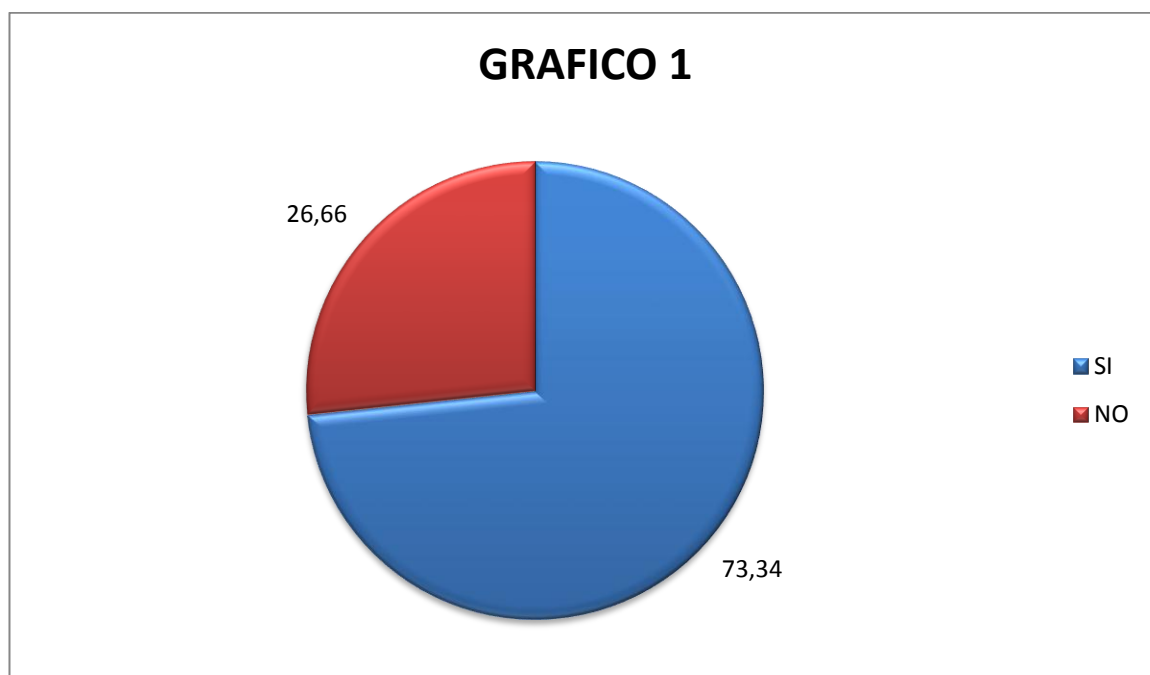
PRIMERA PREGUNTA: ¿Cree usted que la mediación como un requisito previo para solucionar conflictos debería ser utilizado obligatoriamente en nuestro sistema procesal Ecuatoriano antes de seguir un proceso judicial?

CUADRO 1

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73,34
NO	8	26,66
TOTAL	30	100

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
ELABORADO POR: Rodrigo Pazmiño

REPRESENTACION GRAFICA No. 1



INTERPRETACIÓN

De los treinta Abogados encuestados, 22, que pertenecen al 73.34% manifiestan que SI que se debería utilizar obligatoriamente; y 8 que pertenecen al 26.66% manifiestan que NO es posible ya que aquí entra la voluntariedad de las partes.

ANALISIS.-

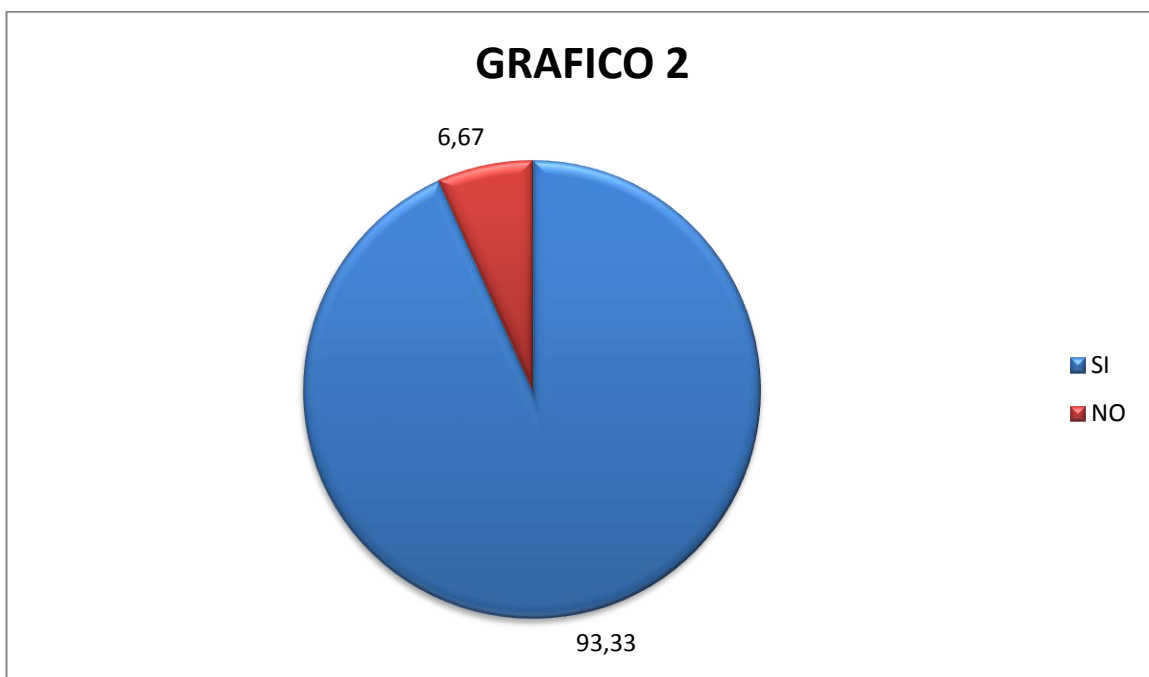
Luego de ver el resultado que arrojo esta pregunta diré que la mayor parte de los encuestados manifiestan que sí, que la mediación debe ser utilizada en forma obligatoria antes de iniciar cualquier proceso judicial ya que al momento de interponer la demanda el juez que conoce la causa tiene 3 días para derivar de oficio a un centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura a fin de que se dé trámite a la causa.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cree usted que existe algún reglamento, instructivo o en el Código de Procedimiento Civil vigente, una norma legal para que se derive la causa por parte del Juez o Jueza, en materias transigibles antes de que se inicie cualquier proceso judicial?

CUADRO 2

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93,33
NO	2	6,67
TOTAL	30	100

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
ELABORADO POR: Rodrigo Pazmiño



INTERPRETACIÓN

De los treinta Abogados encuestados, 28, que pertenecen al 93.33% manifiestan que SI existe un instructivo emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura; y 2 que pertenecen al 6.67% manifiestan que NO conocen sobre la pregunta.

ANALISIS.-

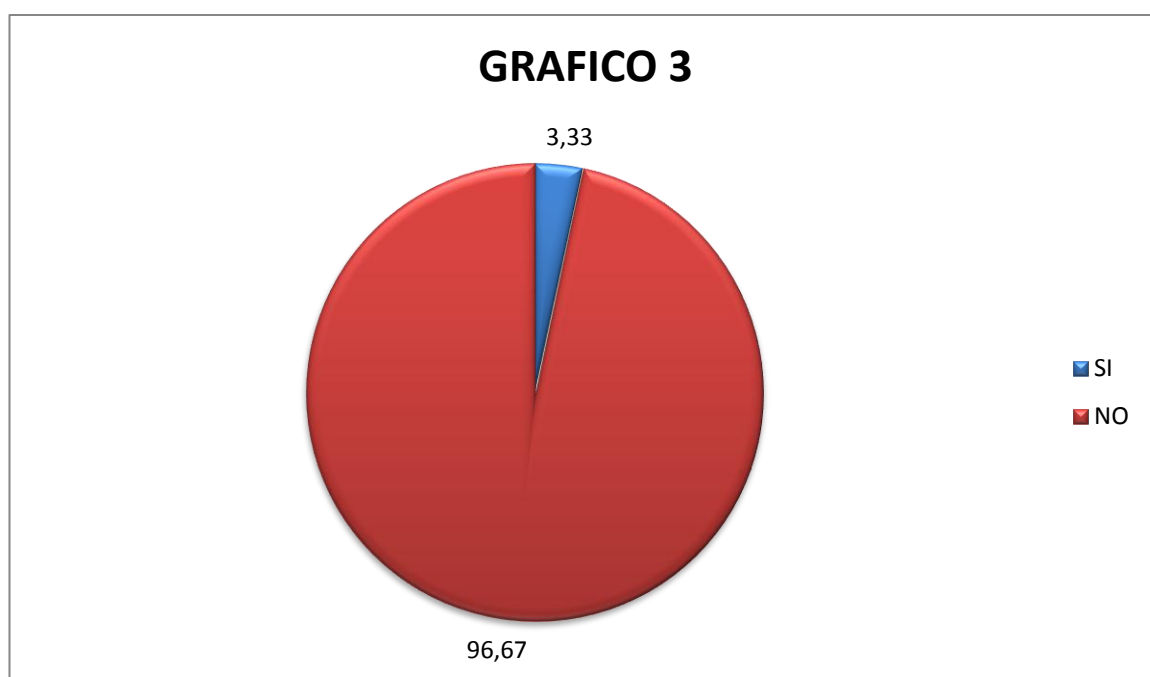
De acuerdo al resultado de esta pregunta debo manifestar que los profesionales del derecho encuestados establecen que si existe un instructivo en donde la derivación de la causa en materia transigible se debe hacer en un plazo de tres días después de que se recibe la demanda, pero muchos jueces no lo hacen y esperan que se llegue a la audiencia de conciliación para proceder con la derivación de la causa.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cree usted que la falta de disposición o norma expresa sobre la mediación como requisito previo para solucionar conflictos vulnera la seguridad jurídica reconocida en la Constitución de la República?

CUADRO 3

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	3,33
NO	29	96,67
TOTAL	30	100

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
 ELABORADO POR: Rodrigo Pazmiño



INTERPRETACIÓN

De los treinta Abogados encuestados, 29, que pertenecen al 96,67% manifiestan que NO vulnera la seguridad jurídica; y 1 que pertenecen al 3,33% nos indica que SI se vulnera la seguridad jurídica.

ANALISIS.-

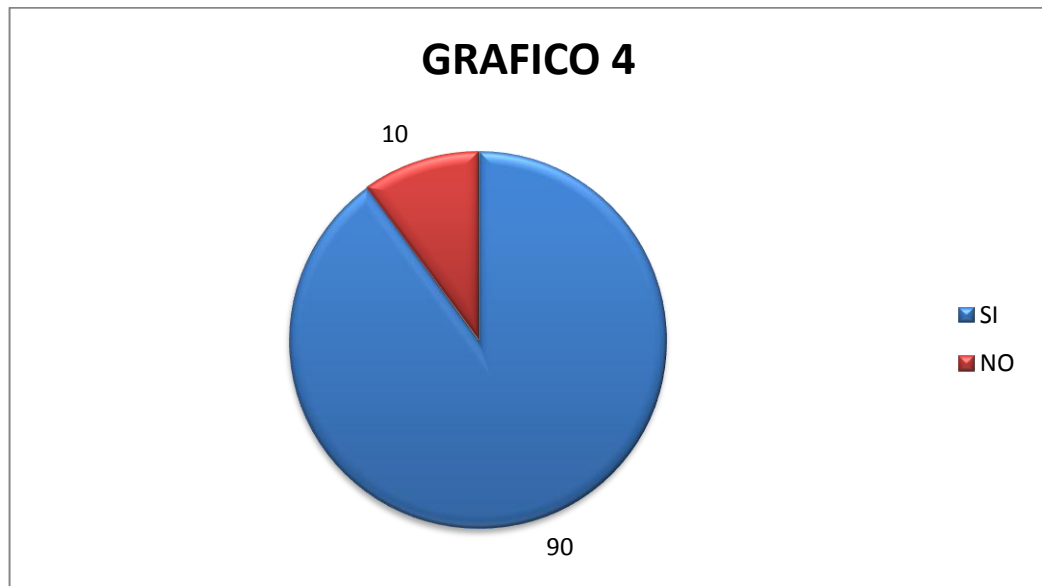
De acuerdo a lo que arroja esta pregunta, los abogados encuestados en su mayoría manifiestan que la falta de una disposición o norma expresa no vulnera la seguridad jurídica toda vez que el Art. 11 numeral 3 y tercer inciso de la Constitución de la República del Ecuador en la parte pertinente manifiesta que No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento; mientras un encuestado manifiesta que si vulnera la seguridad jurídica, ya que al no existir una disposición o norma sobre la mediación de carácter obligatorio si se vulnera la seguridad jurídica ya que los derechos de las personas a tener acceso a la justicia se está vulnerando totalmente.

CUARTA PREGUNTA: ¿Según su experiencia, considera usted beneficioso incluir a la mediación como un requisito previo, antes de seguir un proceso judicial, de manera que los jueces solo conozcan aquellos casos que no son transigibles o bien aquellos que vía mediación no fueron resueltos?

CUADRO 4

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90,00
NO	3	10,00
TOTAL	30	100

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
ELABORADO POR: Rodrigo Pazmiño



INTERPRETACIÓN

De los treinta Abogados encuestados, 27, que pertenecen al 90% manifiestan que SI sería muy beneficioso; mientras que 3 encuestados que resulta el 10% opina que NO sería beneficioso incluir la mediación.

ANALISIS.-

Se ha recogido el criterio de los abogados encuestados los cuales en su mayoría el 90% revelan que comparten con la mediación como un requisito previo ya que no solo se reconocería sino que sería una herramienta que se utilizaría para dar una solución inmediata a cualquier conflicto de carácter transigible y de esta forma se evitaría el represamiento de causas en los juzgados y tribunales y daría paso a la cultura de la confrontación, de diálogo y de paz; tres encuestados que resulta el 10% manifiesta que NO sería beneficioso incluir la mediación como un requisito previo, ya que no daría solución al problema debido a que existe un instructivo que obliga a los

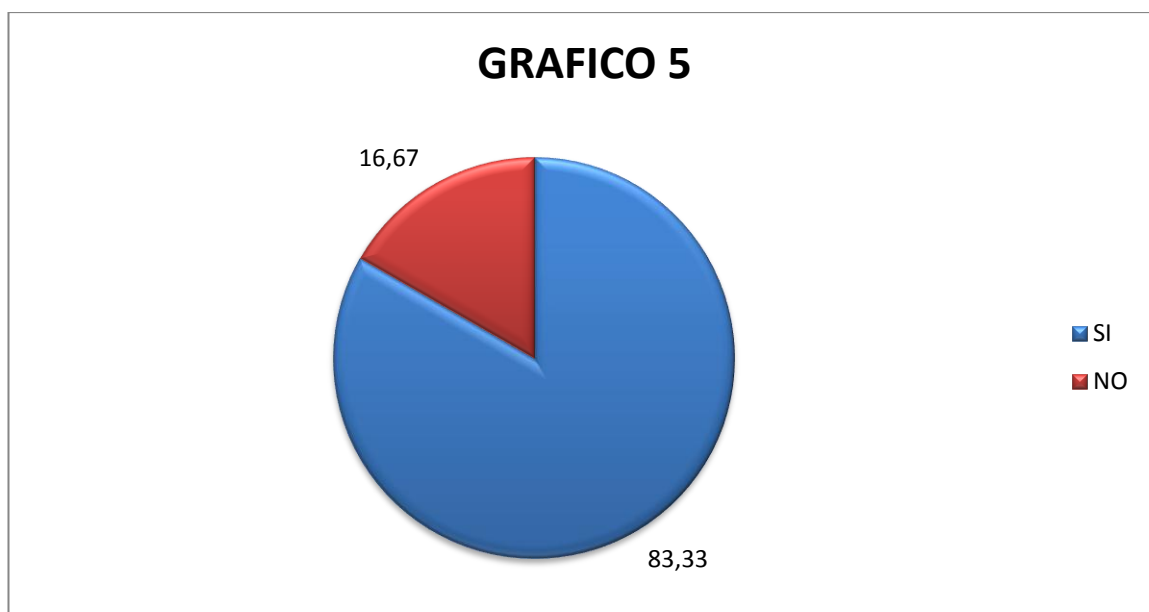
jueces a derivar las causas para que pasen en primera instancia vía mediación.

QUINTA PREGUNTA: ¿Está de acuerdo usted en que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

CUADRO 5

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83,33
NO	5	16,67
TOTAL	30	100

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
ELABORADO POR: Rodrigo Pazmiño



INTERPRETACIÓN

De los treinta Abogados encuestados, 25, que representa el 83,33% manifiestan que Si están de acuerdo; y, 5 encuestados que resulta el 16,67% dicen que no estar de acuerdo y consideran que no es necesario una reforma en este sentido.

ANALISIS.-

Las respuestas dadas por los 25 abogados del total de los 30 encuestados, me permite decir que gran parte de los profesional están en total acuerdo en que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, puesto que se estaría evitando de esta forma la acumulación de causas en los juzgados y tribunales que en gran parte del país existe sobre todo en donde no hay los centros de mediación autorizados; en cambio los 5 abogados manifiestan que no cabe una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, puesto que la mediación se encuentra reconocida en la Constitución y sobre todo existe un instructivo en donde todo juez que conoce la causa de carácter transigible debe derivar en forma inmediata dentro de los tres días a cualquier centro de mediación que se encuentre autorizado.

6.2. Resultados de Aplicación de Entrevistas

Para tener mejores elementos de juicio, los cuales me permitirán demostrar en qué grado incide la propuesta planteada en el presente trabajo investigativo, que trata sobre la necesidad de implementar la mediación como requisito previo para solucionar conflictos en materias transigibles, se consideró necesario realizar una entrevista, en este caso se recurrió a profesionales del derecho como también a los que realizan esta actividad mediadora, en el cantón Guaranda provincia de Bolívar, obteniendo de estas entrevistas valiosos e importantes criterios de los profesionales en mención.

PRIMERA ENTREVISTA AL COORDINADOR DE LA OFICINA TECNICA DE MEDIACION Y SOLUCION DE CONFLICTOS DE GUARANDA DR. RAUL GONZALEZ ORDOÑEZ

PRIMERA PREGUNTA.-

¿Al comparar el proceso civil y la mediación como un requisito previo antes de un inicio procesal, a su criterio ¿Cuál procedimiento es más simple?

Respuesta: Bueno a mi parecer la mediación sería un procedimiento más simple e informal ya que se permitiría que el simple informal que permite a los interesados puedan llegar a una solución definitiva y con menos defectos procesales, por lo que diría que es más ágil, rápida que el de un proceso civil ordinario.

SEGUNDA PREGUNTA.-

¿Para evitar represamientos de causas ¿Considera correcto que las causas en materias transigibles sean derivadas obligatoriamente a mediación para su tramitación?

Respuesta: Es correcto que se derive las causas en materias transigibles a los centros de mediación autorizados, pero en verdad esto no se da ya sea por desconocimiento o simplemente porque no quieren aplicar el instructivo que establece que deberán enviar a los tres días una vez conocida la causa.

TERCERA PREGUNTA.-

¿Considera que la mediación contribuye al pleno ejercicio de la seguridad jurídica?

Respuesta: Es verdad si contribuye al pleno ejercicio de la seguridad jurídica ya que todas las personas que se someten a este mecanismo de solución de conflicto, se le está respetando el derecho a que todas las personas tiene el libre ingreso en cualquier instancia a la justicia y al debido proceso.

CUARTA PREGUNTA.-

¿De qué forma la mediación contribuye a la economía procesal?

Respuesta: Contribuye en gran parte puesto que las partes en una sola audiencia pueden llegar a solucionar su conflicto y se estaría ahorrando tiempo y recursos económicos el cual implica todo el proceso y tener una sentencia inmediata.

QUINTA PREGUNTA.-

¿Considera usted necesario que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

Respuesta: En lo particular me da mucho agrado que exista una propuesta de reforma la cual usted está proponiendo puesto que en la actual Constitución del Ecuador en su art. 190 solo se le reconoce como un medio de solución de conflictos mientras que en la Ley de Arbitraje y Mediación, no existe una norma legal que se implemente la mediación como un requisito previo antes de iniciar un proceso judicial.

SEGUNDA ENTREVISTA AL DEFENSOR PÚBLICO PROVINCIAL DE BOLIVAR

AB. GINO REALPE BORJA.

PRIMERA PREGUNTA.-

¿Al comparar el proceso civil y la mediación como un requisito previo antes de un inicio procesal, a su criterio ¿Cuál procedimiento es más simple?

Respuesta: Incuestionablemente el proceso civil, es un asunto que este tiene gran cantidad de formalidades y etapas que se debe cumplir de forma obligatoria hasta llegar a la audiencia de conciliación y recién ahí previo el

mutuo acuerdo de las partes se deriva la causa mientras que la mediación como un requisito previo sería un procedimiento más rápido y simple debido a que se elimina toda formalidad y se llegaría a una sola audiencia en la cual se firmaría una acta de resolución que tiene carácter de sentencia.

SEGUNDA PREGUNTA.-

¿Para evitar represamientos de causas ¿Considera correcto que las causas en materias transigibles sean derivadas obligatoriamente a mediación para su tramitación?

Respuesta: Yo pienso que si sería correcto que las causas en materias transigibles se deriven en forma obligada en primera instancia a Mediación, puesto que se evitaría contratiempos y se impediría un largo proceso en el cual una de las dos partes sale perdiendo y no se daría una solución inmediata.

TERCERA PREGUNTA.-

¿Considera que la mediación contribuye al pleno ejercicio de la seguridad jurídica?

Respuesta: Si es verdad que contribuye al ejercicio de la seguridad jurídica, puesto que se extiende un documento como es un acta de resolución debido a que tiene el acta de mediación cuyo efecto es de sentencia de última instancia, la cual es resultante del acuerdo que las partes han llegado, eso sí, sin presiones e imposiciones sino que con sus propias voluntades.

CUARTA PREGUNTA.-

¿De qué forma la mediación contribuye a la economía procesal?

Respuesta: Contribuye formidablemente en lo económico ya que en una sola sesión se puede solucionar el conflicto, ahorrando de esta manera al estado y por supuesto a las partes.

QUINTA PREGUNTA.-

¿Considera usted necesario que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

Respuesta: Yo pienso que si sería necesario plantear una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, de tal forma que se implemente como un requisito primordial pasar primero por la Mediación en materia transigibles antes que tener que llegar a un proceso civil, el cual implica que se pasaría por todas las formalidades y de esta manera se alargue el proceso que bien puede ser solucionado vía mediación, ya que este es un recurso que tendrían las partes para terminar de una manera ágil y rápida sus controversias

TERCERA ENTREVISTA AL ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO

PROFESIONAL DEL CANTON GUARANDA

AB. GUIDO GONZALO CHAVEZ CHAVEZ.

PRIMERA PREGUNTA.-

¿Al comparar el proceso civil y la mediación como un requisito previo antes de un inicio procesal, a su criterio ¿Cuál procedimiento es más simple?

Respuesta: Bueno pienso que el proceso civil ordinario es muy largo lleno de formalidades y dentro de estas se encuentran las etapas que obligatoriamente se tiene que dar dentro del proceso de una causa; en cambio la Mediación como un requisito previo de manera obligatoria sería más simple, sin formalidades que cumplir y lo importante de aplicar este método es que se dará solución pronta y oportuna en una sola audiencia siempre y cuando las partes se pongan en común acuerdo.

SEGUNDA PREGUNTA.-

¿Para evitar represamientos de causas ¿Considera correcto que las causas en materias transigibles sean derivadas obligatoriamente a mediación para su tramitación?

Respuesta: Respecto a su pregunta debo indicar que lo correcto sería que los jueces apliquen el instructivo emitido por el consejo de la judicatura el cual en el Art. 1 manifiesta en su parte pertinente el Juez o Jueza dentro de los 3 días hábiles una vez que conoce la causa debe derivar la misma a

mediación y sobre todo a un centro debidamente autorizado. Por lo que considero necesario que se aplique esta disposición y el trámite sería más rápido sin necesidad de llegar a un juicio que a la larga sea tedioso.

TERCERA PREGUNTA.-

¿Considera que la mediación contribuye al pleno ejercicio de la seguridad jurídica?

Respuesta: Por supuesto que contribuye, debido a que todo ciudadano que se somete a este tipo de método para solucionar su conflicto tiene todas las garantías constitucionales puesto que se respetaría en toda instancia las disposiciones, normas, acuerdo y actas, que las partes hayan llegado a hacer en ese sentido; por esta razón la Ley a cual aplique el caso, le da total validez en cualquier instancia del proceso.

CUARTA PREGUNTA.-

¿De qué forma la mediación contribuye a la economía procesal?

Respuesta: Contribuye enormemente en lo que se refiere a la parte económica y sobre todo en el tiempo, ya que se saltaría todo lo que conlleva hacer todo un proceso judicial; en cambio la mediación acorta todo este proceso y si que existe un significativo ahorro, incluso para los colegas Abogados cobrarían de forma rápida sus honorarios.

QUINTA PREGUNTA.-

¿Considera usted necesario que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un

requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

Respuesta: Claro que sería necesario hacer una reforma a la Ley de Arbitraje Mediación; debido a que no existe una normativa expresa sobre este tema, solo existe instructivo en el cual el juez o jueza deriva la causa a mediación pero esto en la práctica no ocurre ya que la mayoría hace caso omiso a esta disposición y yo creo que esta reforma debe ser planteada vía ley, y tendremos como resultado que ya no exista acumulación de causas en los juzgados del país.

CUARTA ENTREVISTA AL ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO

PROFESIONAL DEL CANTON GUARANDA

AB. MARCELO FABIAN ARROBA GARCIA.

PRIMERA PREGUNTA.-

¿Al comparar el proceso civil y la mediación como un requisito previo antes de un inicio procesal, a su criterio ¿Cuál procedimiento es más simple?

Respuesta: Diría que la mediación es un proceso simple e informal, que da la oportunidad a todos los usuarios de la justicia, llegar a una solución amigable y consensuada, rápida y con menores errores que en un proceso civil ordinario. Con esto le digo que la mediación como requisito previo para solucionar conflicto sería eficaz y sobre todo mucho más ágil.

SEGUNDA PREGUNTA.-

Para evitar represamientos de causas ¿Considera correcto que las causas en materias transigibles sean derivadas obligatoriamente a mediación para su tramitación?

Respuesta: Particularmente considero que si se debería derivar las causas a mediación, puesto que en la actualidad no se está cumpliendo con lo que establece el instructivo que ha sido emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura y muchos casos entran por la vía ordinaria y se demora mucho tiempo en dar solución al conflicto.

TERCERA PREGUNTA.-

¿Considera que la mediación contribuye al pleno ejercicio de la seguridad jurídica?

Respuesta: Si considero que la mediación favorece al pleno ejercicio de la seguridad jurídica, puesto que no afecta en absoluto los derechos de las personas que se someten y aplican este método de solución rápida y efectiva.

CUARTA PREGUNTA.-

¿De qué forma la mediación contribuye a la economía procesal?

Respuesta: Bueno en primer lugar reduce los costos, en lo que se refiere al ahorro de todas las diligencias que envuelve todo proceso judicial, debido a que no necesariamente se requiere de un profesional del derecho, su

reducción de gastos para las partes y además porque se reduce el tiempo que dura un proceso normal.

QUINTA PREGUNTA.-

¿Considera usted necesario que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

Respuesta: Si considero pertinente que se realice un proyecto de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, en la cual se implemente la mediación como un requisito previo, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico, no hay una disposición que exprese fijamente que antes de llegar a un proceso judicial, como primera opción el juez derive la causa vía mediación y de esta manera permitirá una solución verdadera y efectiva al problema que aqueja al sistema judicial ecuatoriano, como es la acumulación de causas y falta de despacho oportuno de las mismas.

COMENTARIO A LAS ENTREVISTAS:

En virtud de todos los comentarios que se ha obtenido de los entrevistados que son profesionales del derecho, me permito emitir los siguientes comentarios al respecto:

El procedimiento más idóneo y simple para solucionar conflictos de manera amigable y de forma rápida sería la mediación pero como un requisito previo, a fin de dar solución al conflicto de una manera más eficaz y ágil.

Asimismo los entrevistados, manifiestan que es importante que los jueces deriven las causas a mediación puesto que en la mayoría no cumplen con lo que establece el instructivo específicamente el Art. 1 y la mayor parte de casos entran por vía ordinaria y de esta manera no se da solución inmediata al conflicto

Como así también los entrevistados manifiestan que con la implementación de la mediación se reduce significativamente los costos para las partes, se ahorra tiempo en todas las diligencias ya que existe una sola audiencia y sobre todo el tiempo que se demora para dar una pronta solución al conflicto, con solo una suscripción de una acta la misma que tiene carácter de sentencia de última instancia.

Y por último es conveniente anotar que todos los entrevistados nos dan a conocer que si consideran necesario que se presente una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, en la cual se implemente la mediación como un requisito previo, ya que en esta ley no hay una disposición en la cual enuncie que primero el juez derive la causa vía mediación toda causa que sea materia transigible y así accederá a dar solución efectiva y práctica dentro del sistema procesal ecuatoriano.

Con lo anteriormente expuesto se detecta que en verdad existe un problema jurídico, la misma que ha sido debidamente estudiada en el presente trabajo de investigación, y por otro lado se encuentran en total acuerdo que hay la necesidad de que se plantee una propuesta de reforma jurídica a la Ley de Arbitraje y Mediación, en donde se incluya una disposición en que la mediación sea como un requisito previo antes de llegar a un proceso judicial ordinario.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

Para proceder a verificar y ver si se han cumplido los objetivos propuestos y llegar a comprobar y demostrar; es preciso manifestar que se ha planteado un objetivo General y tres Específicos, con lo que se ejecutó el presente trabajo investigativo.

Objetivo General.

“Realizar un estudio doctrinario, jurídico y crítico sobre la Ley de Arbitraje y Mediación en un proceso judicial, para la determinación de los vacíos existentes en la derivación de las causas por parte de los jueces a los centros de mediación autorizados”.

Este objetivo se ha cumplido en su totalidad, por cuanto se ha podido realizar un estudio de todos los criterios conceptuales y doctrinarios, como también las normas jurídicas establecidas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo que tiene que ver con la mediación. Así también luego del análisis de la Ley de Arbitraje y mediación y de los resultados que arroja esta investigación de campo es posible determinar que existe un vacío jurídico respecto a la derivación de la causa por parte de los jueces, puesto que no existe una disposición que de forma expresa faculte al juez de forma obligatoria la derivación de las causas en materia transigibles en primera instancia y mas no como consta actualmente solo como un instructivo que la mayoría de jueces no lo cumplen.

Objetivos Específicos.

“Establecer una normativa vinculante al proceso civil ecuatoriano, para que se convierta en una herramienta de la administración de justicia”.

Este objetivo se ha cumplido en razón de la información que se obtuvo por medio de la encuesta específicamente en la primera pregunta en donde la mayoría de los profesionales encuestados ósea un 73.34% manifiestan que la única herramienta eficaz y ágil es la mediación la cual debe ser utilizada en forma obligatoria antes de iniciar cualquier proceso judicial; De la misma forma las personas entrevistadas, cuando respondieron la segunda pregunta todos en forma unánime señalan que la derivación de la causa debe ser en forma obligada en primera instancia a Mediación, puesto que se evitaría contratiempos y se impediría un largo proceso.

“Determinar los hechos y aspectos relacionados con la administración de justicia en el Ecuador como medio para la solución de conflictos y controversias legales”.

Este objetivo se ha cumplido debido a que en esta investigación se ha comprobado que existe un instructivo en mismo que habla y determina en el Art. 1 que la Derivación se lo hará por parte de los jueces dentro de los tres días de haber conocido dicha causa, pero esto en la práctica no se da, sea esta por falta de desconocimiento o simplemente no acatan esta disposición, lo que ha provocado que se siga con el proceso civil ordinario, el cual

demora mucho tiempo en dar solución y provoca que se estanque por mucho tiempo, puesto que con la mediación este sería un proceso rápido, efectivo y veraz; de igual manera los profesionales encuestados específicamente en la tercera pregunta nos dan a conocer que en verdad si están de acuerdo con la derivación de las causas pese a existir un instructivo pero eso no lo toman asunto.

“Proponer un proyecto de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, para que se implemente la Mediación como requisito previo para solucionar conflictos en el sistema procesal civil ecuatoriano”.

Este ultimo objetivo especifico se ha cumplido en la presente investigación toda vez que los profesionales encuestados supieron manifestar cuando contestaron la quinta pregunta en la forma en que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la que se incluirá a la mediación como un requisito previo, puesto que de esta manera se estaría evitando la acumulación de causas en los juzgados.

De la misma forma en la pregunta quinta de la entrevista los profesionales del derecho, concuerdan en que debería plantearse una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, de tal forma que se implemente como un requisito primordial pasar primero por la Mediación en materia transigibles antes que tener que llegar a un proceso civil

7.2. Contrastación De Hipótesis

La Mediación al no estar tipificado en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación como requisito previo para solucionar conflictos, éste constituye un recurso para aliviar la carga procesal y mejorar la convivencia y seguridad ciudadana.

La hipótesis planteada ha sido contrastada en su totalidad debido a que en los resultados de las encuestas y entrevistas, los profesionales manifiestan que es beneficioso y que además que coinciden en que la falta de normativa legal en la que se tipifique a la mediación como un requisito previo, provocaría que siga estancados tantos procesos ya que se encuentran en los procesos por la vía normal, lo que induciría que se vulnere los derechos fundamentales de las personas que tienen derecho al acceso libre, eficiente y rápido de la justicia.

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

La presente propuesta de reforma se justifica por cuanto se hace ineludible la aplicación de la mediación como requisito previo, sin tener que llegar a las etapas procesales y con obvia razón a largos procesos judiciales que lo único que provocan es que algunos casos no sean resueltos en forma rápida y eficientemente, aquí los centros de mediación deben ser autorizados y

fortalecidos por las autoridades y la comunidad en general, en donde se dé solución inmediata a los conflictos en materia de carácter transigible.

La actual Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 190, con relación a la mediación, en la parte pertinente textualmente dice: Art. 190.- *“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.”*³⁸

De esta forma es el Estado quien reconoce a la mediación como un procedimiento alternativo para solucionar conflictos, más no como una herramienta que de soluciones a cualquier conflicto dentro del sistema procesal ecuatoriano y que será con la única finalidad de disminuir sustancialmente los represamientos de todos procesos judiciales.

Además según lo establece el Art. 172 de la Constitución del Ecuador, que en su parte pertinente textualmente dice: *“Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.”*³⁹

Se entiende entonces, que es el juez quien posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un conflicto o causa, con

³⁸ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ART, 190

³⁹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, ART, 172

esta disposición jurídica explica claramente y da a conocer el papel fundamental que juega un Juez dentro de nuestra legislación. Jueces cuya misión es hacer honor al principio de justicia, aplicando en sus resoluciones los principios universales de la sana crítica, la lógica jurídica y la equidad; haciendo la correcta y debida apreciación de las pruebas aportadas por las partes; por tanto, constituyendo las pruebas de los litigantes en la base fundamental para la resolución de los juicios.

Actualmente en nuestra legislación Ecuatoriana el tema producto de este estudio está inmerso en la Ley de Arbitraje y Mediación específicamente en el artículo 43 en la parte pertinente dice: *“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”*⁴⁰

La falta de una norma jurídica respecto a la implementación de la mediación como requisito previo para solucionar de forma ágil y eficiente los conflictos, es reconocida por la mayoría de los que participaron tanto en la encuesta como en la entrevista, quienes manifiestan que debe realizarse una reforma jurídica que vaya a dar las posibles soluciones a los conflictos entre las partes y este método debe incidir positivamente tanto en la solución de conflictos como quienes forman parte de la sociedad.

⁴⁰ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, Artículo 43

8. CONCLUSIONES

Una vez terminado el presente trabajo investigativo, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar, para llegar a un resultado mutuamente aceptable, a corto plazo.
2. El hecho de que una Ley de Arbitraje y mediación, esté contenida en la normativa ecuatoriana, permite agilizar y descongestionar el sistema judicial, así como a su vez, brinda una solución más rápida, evitando trámites y litigios a los ciudadanos, cuyas causas tratarían sobre materia transigible, por lo tanto, se evidencia la necesidad de aplicarla y la importancia de difundir las ventajas de la utilización de los M.A.S.C.
3. Dentro de la normativa Legal Ecuatoriana vigente, no existe la Mediación como requisito previo, ya que se establece como un instructivo emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura
4. Existe un instructivo para la derivación de las causas en materia transigibles, emitido por parte del Consejo de la Judicatura, pero que no se lo aplica tanto de forma como de fondo; debido a la falta de conocimiento de las personas inmersas en el proceso judicial.

5. Con la posibilidad de implementar una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, en lo que se refiere a la mediación como requisito previo, para solucionar conflictos, se establece un servicio que el Estado brindará a todos los ciudadanos en forma gratuita, eficaz y ágil.

9. RECOMENDACIONES

Finalmente, considero necesario realizar las siguientes recomendaciones:

1. Es necesario que el Consejo de la Judicatura lleve a cabo un trabajo de sensibilización y concientización social, respecto, no solo de la importancia de recurrir a la mediación como requisito previo, sino sobre su aplicabilidad, puesto que la población debe saber que las resoluciones que se tomen a través de esta vía, están amparadas en la Constitución y en la Ley de Arbitraje y Mediación y tienen la misma fuerza que una sentencia de última instancia y así poder confiar en este mecanismo.
2. Se recomienda a la Asamblea Nacional, que vuelvan sus ojos a los trabajos investigativos que existen en los archivos de las distintas universidades del país; ahí están: la creación de leyes y las reformas legales y constitucionales, producto de investigaciones y actividades de campo realizadas a la población; y ahí está también, el verdadero trabajo de los asambleístas para que estos proyectos entren a la mesa de discusión y previo debate sean aprobados. Tal es el caso de la propuesta de reforma a Ley de Arbitraje y Mediación que aquí se plantea, para que no quede en el olvido y realmente pueda ser implementada la mediación como un requisito previo, que pondrá fin al problema del represamiento de causas y falta de despacho por parte de los jueces.

3. Es necesario que dentro de la Función Judicial se dé un mayor nivel de propagación, promoción y capacitación sus funcionarios y agentes de justicia para que apliquen los métodos efectivos como es la mediación como requisito previo, ya que es una herramienta eficaz en la solución de problemas.
4. Es conveniente que el Consejo de la Judicatura cree Centros de Mediación, los mismos que deberán cubrir hasta en el más pequeño recinto, pueblo y ciudades de nuestro país, a fin de que los recurrentes de justicia no se queden en indefensión.
5. Considero oportuno hacer una recomendación a los futuros egresados de la Carrera de Derecho, en especial de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, para que pongan su interés en el tema aquí tratado, sobre la mediación como requisito previo; a fin de que se propongan seguir realizando trabajos investigativos que tengan relación a reformar la Ley de Arbitraje y Mediación, específicamente con la mediación como un requisito obligatorio previo a iniciar un proceso judicial.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

Proyecto de Reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

ASAMBLEA NACIONAL.

CONSIDERANDO.

QUE la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190, inciso primero, 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.

QUE es necesario reformar la Ley de Arbitraje y Mediación, con el objeto de mejorar su aplicabilidad a la solución de conflictos, basándose en la mediación, como un requisito previo como método obligatorio a fin de dar soluciones a las controversias de forma pronta ágil y eficiente.

QUE La Ley de Arbitraje y Mediación adolece de vacíos legales en su normatividad al no contener como requisito previo y de carácter obligatorio a la mediación, la cual ayudará sustancialmente al descongelamiento de miles de causas existentes en los juzgados del país.

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.

Art. 1. A continuación del Art. 43, Inciso primero, agréguese otro que diga:

... Se instaura con el carácter de obligatorio la mediación como requisito previo, antes de iniciar cualquier proceso judicial, a fin de solucionar conflictos y promover la cultura de paz, en los miembros de la sociedad.

A continuación del Art., inclúyase un artículo innumerado que, diga:

Art... “En el término de tres días después de recibida la demanda de la Oficina de Sorteos, el Juez o Jueza en los que se radicó la competencia, calificará la demanda, notificará a la parte y si contestan la demanda proponiendo excepciones, el juez derivara obligatoriamente a un centro de Mediación autorizado por el Consejo Nacional de la Judicatura y si no contesta la demanda, el juez deberá aplicar lo que establece el Art. 430 del Código de procedimiento Civil.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA: Todas las normas que en su contenido se opongan a lo dispuesto en la presente ley, quedan derogadas.

DISPOSICIÓN FINAL: Esta reforma entrará en vigencia, una vez que sea publicada en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Honorable Asamblea Nacional de la República del Ecuador, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 10 días, del mes de julio del año 2014

f). Presidenta

f). Secretaria

10. BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, F. (1944). "Sistema De Derecho Procesal Civil." (4ta Edición) Buenos Aires

CODIGO DE PROCEDIMIENTO civil., "Publicado en el Suplemento del RO. No. 58-S," del 12 de julio de 2005.

CÓDIGO ORGÁNICO de la función judicial, "Publicado en el Suplemento del RO. No. 544," del 9 de marzo de 2009.

CONSTITUCION de la República del Ecuador 2008

CRIOLLO MAYORGA, Giovanni, Dr., Cuestiones de Mediación, Quito, Primera Parte 2011

DUPUIS, 2001, pag. 25, Mediación y Conciliación; Mediación patrimonial y familiar, conciliación laboral. (Segunda Edición). Buenos Aires

EL SISTEMA DE MEDIACIÓN y arbitraje en Colombia.

FOLBER, G, Jay y TAYLOR, Alison: Mediación: Resolución De Conflictos Sin Litigio. Editorial Limusa, México. 1992. Pág. 12 y ss.

FUNDACIÓN CONSULTORIOS Jurídicos Gratuitos de la Pontificia Universidad Católica Del Ecuador. Aprobada mediante Acuerdo Ministerial No. 00391 del 3 de enero del 2002.

GARCÍA LÓPEZ, Eric: "Justicia Restaurativa En Oaxaca: Perspectivas Desde La Sicología Jurídica, Iter Criminis" México 2010, p. 127.

HAYNES, John: FUNDAMENTOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. Editorial Gaia. España. 2000, Pág. 13.

HOYOS, f. y VIANA, i. La Mediación como Herramienta de Trabajo, 2012

LASCALA, 1999, pag. 13, Aspectos Prácticos en Mediación. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Publicado R.O No. 145, 4 septiembre 1997.

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA Nacional de Contratación Pública

MANUAL DE FORMACIÓN, básica de mediadores Colombia

MANUAL DE FORMACIÓN, básica de mediadores Argentina.

NEUMAN, Elías, Mediación Penal Y Justicia Restaurativa. Ediciones Porrúa. México 2005.

PEKAR LEMPEREUR Alain, SALZER Jacques, COLSON Aurélien, Método De Mediación En el Corazón de la Conciliación. Primera Edición. Edi. Patria. México, 2010, pág. 249.

VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios Sobre la Mediación, Quito, CIDES NED, 2004, 1ª. ed.p.11.

<http://www.jusformosa.gov.ar/info/SIAC/mediacion.pdf>.

http://trialogos.com/articulos/la_mediacion.pdf

<http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com>.

11. ANEXOS

11.1. ANEXO N° 1: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APROBADO



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

**“LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA
SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES
EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**

**PROYECTO DE TESIS
PREVIO A LA OBTENCION
DEL TITULO DE ABOGADO**

AUTOR:

Rodrigo Estuardo Pazmiño Meléndez

Loja – Ecuador

2014

1. TEMA.

“LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”

2. PROBLEMÁTICA.

El sistema procesal ecuatoriano, por norma general ha contemplado, como fórmula para concluir con el litigio, una instancia denominada AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, con el pasar del tiempo está se ha convertido en un mero trámite al que acuden los abogados para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y su contestación ante un funcionario judicial, que no es precisamente el Juez, en la mayoría de las ocasiones esta diligencia se lleva a cabo en el escritorio del responsable que lleva el juicio, a vista y paciencia de todas las personas que acuden a los Juzgados. La práctica judicial no ha hecho otra cosa que desfigurar un valioso recurso que ayude a resolver por mejor vía el conflicto. En la actualidad el Ecuador se ha compenetrado dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, por lo que la caduca conciliación judicial se renueva en la figura de la Mediación como institución jurídica autónoma e independiente.

Este método debería ser utilizado en su gran mayoría por abogados e involucrados en procesos judiciales que verán en este mecanismo como la

forma más ágil y económica de solucionar sus problemas. Para lograr comprender el alcance de este trabajo, es necesario de dar un impulso a la mediación con un cambio en la mentalidad en los agentes de justicia ya que el conflicto no es malo por sí mismo, sino que constituye una importante fuente de dinamismo social, que acaba en el lugar común, decisivo, según el cual no importan los conflictos sino la forma de resolverlos. La investigación pretende a partir de la experiencia Argentina, EE UU y de otros países que acogieron a la mediación como requisito previo, plantear una propuesta de reforma a la actual Ley de Arbitraje y Mediación. Consecuentemente el tener un sistema en el que se considere a la mediación como requisito previo para someter el caso a la justicia ordinaria no implica imaginar la mediación como competencia con el trabajo de los jueces y abogados, peor aún concebirlo como un requisito de procedibilidad más, sino más bien favorece a modernizar y replantear la forma actual de administración de justicia.

La propuesta de Reforma como se está planteando se encamina a que las partes acudan a una audiencia previa ante un mediador acreditado a uno de los centros de mediación de carácter público o mediante convenios a mediaciones privadas o particulares. Para el caso de las contrataciones con el Estado se ha venido utilizando el de la Procuraduría General del Estado, sin embargo esto podría ser cambiado mediante un sistema de sorteos tanto del mediador como del centro y del juzgado que eventualmente conocerá la causa.

3. JUSTIFICACIÓN.

Para el desarrollo de este trabajo investigativo, existen diferentes aspectos que justifican su desarrollo, entre los que están los siguientes:

EN LO SOCIAL: Se disminuirá la cultura del litigio, al obtener una solución sin la necesidad de iniciar un litigio, se instaurará la cultura del diálogo, al no constituir un método adversarial, evitando el desgaste de las relaciones interpersonales, al vincular a las partes para la solución del conflicto permitiendo su intervención, también se transformará trascendentalmente el pensamiento acerca de la justicia, al ser el alto nivel de confianza que se mantiene en Mediación, repercutirá en el incremento de aquella que se ha mantenido sobre la administración de justicia y desempeño de los funcionarios, como así veremos un incremento en el acceso a la justicia, al proveer de un medio más económico al proceso civil actual.

EN LO ACADÉMICO: El proyecto de reforma que se pretende incluir, deberá incidir directamente en los estudiantes de la carrera de derecho, al ser profesionales en formación, quienes con la praxis pre-profesional mejorarán potencialmente sus destrezas; cognitivas, actitudinales así también se mejorará su capacitación, niveles de lectura. Los profesionales del derecho, al conocer de la mediación requerirán una formación continua, para salir del sistema rígido que se ha mantenido y adoptar este método en progreso, y así brindar un mejor asesoramiento a sus clientes. También se

mejorará el rendimiento del futuro profesional del derecho, al haber adquirido conocimientos prácticos, y mejorar sus destrezas.

EN LO JURÍDICO: Repercutirá en el proceso civil, al vincularse de forma efectiva con la mediación, instituyéndose como una herramienta efectiva para la administración de justicia. Se ofrece la heterogeneidad de vías para solución de conflictos civiles, de esta forma no se estará supeditado únicamente a procedimiento.

Al reducir la carga de trabajo con la incorporación de la mediación, los funcionarios judiciales podrán despachar con mayor prontitud, disminuyendo el plazo de conclusión del juicio. La mediación tiene un procedimiento simplificado por lo cual la fijación de la fecha de la audiencia no es retardada.

EN LO ECONÓMICO: Se benefician de la simplificación y oralidad que ésta mantiene, liberándose de un proceso antiguo, al ya no tener que realizar un escrito tras otro, lo cual significaba pérdida de recurso tiempo y monetario. La economía del proceso de mediación permite que las personas de escasos recursos accedan en mayor cantidad al método. Se dará un uso adecuado de los recursos institucionales de la Función Judicial, esto es evitar el desgaste de sus funcionarios con la acumulación desmedida de causas a sus actividades, reducción de gastos en implementos de oficina.

Con lo manifestado se ratifica que en verdad existe un problema jurídico el mismo que se debe ser concertado de forma más extensa, a fin de reunir los componentes suficientes para sustentar una propuesta jurídica de reforma que se establezca como una opción legal de solución a la problemática explicada.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

- Realizar un estudio doctrinario, jurídico y crítico sobre la Ley de Arbitraje y Mediación en un proceso judicial, para la determinación de los vacíos existentes en la derivación de las causas por parte de los jueces a los centros de mediación autorizados.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Establecer una normativa vinculante al proceso civil ecuatoriano, para que se convierta en una herramienta de la administración de justicia.
- ✓ Determinar los hechos y aspectos relacionados con la administración de justicia en el Ecuador como medio para la solución de conflictos y controversias legales.
- ✓ Proponer un proyecto de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, para que se implemente la Mediación como requisito previo para solucionar conflictos en el sistema procesal civil ecuatoriano.

5. HIPÓTESIS.

La Mediación al no estar tipificado en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación como requisito previo para solucionar conflictos, éste constituye un recurso para aliviar la carga procesal y mejorar la convivencia y seguridad ciudadana.

6. MARCO TEÓRICO.

Para Jay Folberg y Alison Taylor, *“La mediación es el proceso mediante el cual, los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”*.⁴¹

En lo que tiene que ver con lo citado anteriormente, La mediación es un procedimiento de comunicación e interacción entre las partes, dirigida por una tercera persona, que facilita la solución de los conflictos y evitan el litigio judicial.

El Art. 15 inciso 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación nos indica que: *“si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se la declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.”*⁴²

En caso de que una de las partes o ambas no comparezcan a la Audiencia, el Centro realizará una segunda convocatoria, y de no asistir a ésta se suscribirá un Acta de Imposibilidad de Mediación Dentro del proceso de Arbitraje se prevé como obligatorio e indispensable la realización de una

⁴¹JAY FOLBERG Y ALISON TAYLOR, “MEDIACION RESOLUCION DE CONFLICTOS SIN LITIGIOS”, Tomo I, p.12 y ss., publicada por Editorial Limusa, MEXICO. 1992.

⁴² LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Art. 15. Publicado R.O No. 145, 4 septiembre 1997.

audiencia de mediación cuyo propósito es poner fin al conflicto con el avenimiento de las partes.

El Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece: *“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual, las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”*⁴³

Con esta conceptualización denota la extrajudicialidad del proceso, al hallarse fuera del juicio y conocimiento del juez, debiendo conocerlo un tercero neutral, llamado mediador, que no deberá tener interés en la causa. Además, ha de contribuir a la solución de la controversia, a través del acta que contiene un acuerdo, que debe verificarse dentro de la capacidad contractual, consentimiento, objeto lícito, causa lícita; el cual no será coaccionado, haciendo que se dependa de voluntad intrínseca y legal de las partes. El referido acuerdo ha de versar sobre materia transigible, y se ha de tomar en cuenta las normas relativas a la “transacción” del Código de Procedimiento Civil.

El Art. 44 literal 2 de la LAYM sostiene: *“Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente ley, sin restricción alguna, las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas legalmente capaces para transigir”*.⁴⁴

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, esta facultad podrá delegarse mediante poder, como

⁴³ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Art. 43. Publicado R.O No. 145, 4 septiembre 1997.

⁴⁴ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Art. 44. Publicado R.O No. 145, 4 septiembre 1997.

se puede destacar de esta disposición, lo más importante para someterse a este procedimiento, es la capacidad de poder transigir señalando para esto, que la ley exige los requisitos pertinentes para los diferentes casos. Por ejemplo: para que comparezca el menor de edad, será necesario designar un tutor o curador; para que comparezca la persona jurídica se requerirá la comparecencia del representante legal; y, para que el Estado o cualquier entidad pública se presente o se sujete a este procedimiento, será necesario la presencia del Procurador o Síndico respectivamente. Sin la autorización o la intervención del Procurador o su delegado, el acta de mediación puede ser declarada nula.

El contenido del Art. 47 inciso 3, de la Ley de Arbitraje y Mediación que dice: *“El acta de mediación en la que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia; siguiendo la vía de apremio, salvo las que se originaren con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.”*⁴⁵

Podríamos decir si es que en este procedimiento se ha resuelto sobre los lineamientos de un menor de edad, se enviará el acta al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia correspondiente para que éste, a través del Juez, sin modificar en absoluto nada de lo convenido, la haga cumplir en su totalidad, esto es las pensiones alimenticias fijadas, con sus consecuencias en caso de incumplimiento, como es el apremio por dos meses de atraso, como en este caso, el Juez quien tiene que ejecutar o dar cumplimiento a lo convenido, en cualquier circunstancia o caso determinado, tiene la obligación de acatar esta disposición.

⁴⁵ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Art. 47. Publicado R.O No. 145, 4 septiembre 1997.

Art. 1012 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que: *“El juez procurará, por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad, hacer que los contendientes lleguen a un avenimiento. De haberlo, aprobará el juez y terminará el pleito; de otra manera, continuará sustanciando la causa.”*⁴⁶

Es evidente que si los jueces hicieran correctamente lo que les faculta la ley, en el artículo mencionado, podría terminar el pleito en la junta o audiencia de conciliación; lo cual permitiría, poco a poco, ir disminuyendo la cantidad de procesos represados. Lamentablemente, los jueces aún no se despojan de la errónea idea de que estarían prevaricando si aconsejan, guían o insinúan alguna forma de arreglo; cuando bien se sabe que en presencia de las dos partes, tal figura jurídica no existe. Los jueces se olvidan, además, de lo que textualmente establece el Art. 56 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación. Pero también se olvidan de lo que establece la disposición general de dicha Ley en su Art. 60: La presente Ley, por su carácter de especial, prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere.

⁴⁶CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL., Art. 1012.Publicado en el Suplemento del RO. No. 58-S, del 12 de julio de 2005.

7. METODOLOGÍA.

Para el desarrollo de esta investigación, se aplicarán los siguientes métodos:

7.1. MÉTODOS.

- 7.1.1. **Método Descriptivo:** Como su nombre lo indica, este método permitirá describir la realidad que se vive dentro de nuestro sistema judicial; nos permitirá también describir cómo un problema latente en nuestra administración de justicia, como es la falta de despacho de las causas por la acumulación de procesos en los juzgados, ha provocado y sigue provocando preocupación y el descontento general, lo que amerita una pronta solución.
- 7.1.2 **Método Bibliográfico:** Este método permitirá utilizar la información registrada, sea: en libros, revistas o determinados documentos, para poder familiarizarnos con el tema, referente, en sí, a la administración de justicia en el Ecuador y a todo lo concerniente a la mediación y obtener la información necesaria que nos lleve a la fundamentación doctrinaria y científica, necesaria para llevar a cabo nuestra investigación sobre el tema planteado.
- 7.1.3 **Método Inductivo – Deductivo:** A través de este método se podrá identificar las causas que provocan la acumulación de causas en los juzgados, se podrá descubrir cuál es el denominador común que asocia dichas causas; y, con ello, poder determinar las consecuencias de los fenómenos

considerados, que nos orienten a buscar la solución más viable y proponerla para su aplicabilidad.

7.1.4 **Método Analítico – Sintético:** Este método nos llevará a conocer más el objeto de estudio, para luego arribar a las conclusiones que, a su vez, nos conduzcan a valorar en su real dimensión la problemática existente en nuestra administración de justicia como es la acumulación de causas en los juzgados.

7.1.5 **Método científico:** Se recurre a la aplicación de este método por cuanto se trata de un problema jurídico existente en la sociedad, ante el cual es necesario buscar una alternativa jurídica mediante un proceso científico de análisis y concreción de ideas finales, que contribuyan a la solución de la problemática analizada.

7.1.6. **Método Estadístico:** Será empleará para la presentación de los resultados obtenidos en el proceso investigativo de campo con la finalidad de analizar e interpretar los resultados obtenidos en la técnica de la encuesta y la entrevista, y proceder a la representación gráfica de los mismos.

7.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

7.2.1 **Encuesta:** Será aplicada para conocer los criterios de los profesionales del derecho acerca del problema que es objeto de estudio. Se encuestará a una población de treinta abogados

en libre ejercicio en el cantón Guaranda, quienes aportarán sus criterios en torno a las preguntas planteadas en el formulario elaborado para el efecto.

7.2.2. **Entrevista:** Esta técnica se aplicará con la finalidad de conocer los criterios de profesionales del derecho que tienen una mayor experiencia, entre ellos Juezas y Jueces de los Juzgados y Unidades Judiciales, secretarios de estas dependencias, y abogados en libre ejercicio, al respecto se desarrollará un análisis de casos a través de los cuales se pueda evidenciar la incidencia del problema jurídico investigado.

7.2.3. **INSTRUMENTOS:** Los cuestionarios y preguntas serán los instrumentos que servirán de guía para la correcta aplicación de las encuestas y entrevistas, los mismos que se encontraran en acorde al tema planteado.

7.3. ESQUEMA PROVISIONAL.

El Informe final de Tesis, contendrá las siguientes partes:

1. TÍTULO.

2. RESUMEN

2.1 Abstract.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 Marco Conceptual.

4.1.1 Generalidades de La Mediación

4.1.2 Concepto

4.1.3 Objetivos

4.1.4 Definición.

4.1.5 Origen de la mediación en el Ecuador

4.1.6 Tipos de mediación

4.1.7 La Derivación

4.1.8 El mediador

4.1.9 El perfil del mediador

4.1.10 El Acta de mediación y forma de ejecutarla

4.2 Marco Doctrinario.

4.2.1 Reseña Histórica de la Ley de Arbitraje y Mediación

4.2.2 Importancia del papel del mediador

4.2.3 Principios de la Mediación

4.2.4 De la obligatoriedad de la Mediación

4.3 Marco Jurídico.

4.3.1 Análisis de la Constitución de la República de Ecuador (Mediación)

4.3.2 Análisis de la Ley de Arbitraje y Mediación

4.3.3 Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial

4.4 Legislación Comparada.

4.4.1 La mediación en Argentina

4.4.2 La mediación en Colombia

4.4.3 La mediación en Norteamérica (Estados Unidos)

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Materiales utilizados

5.2 Métodos

5.3 Procedimientos y Técnicas

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de la aplicación de Encuestas

6.2 Resultados de la aplicación de Entrevistas

6.3 Estudio de Casos

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÌNDICE

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO

AÑO 2014

ACTIVIDADES	ABR	MAYO	JUNIO	JUL	AGO	SEP
Elaboración y presentación del proyecto de investigación	X X	X X X X				
Aprobación del proyecto			X X X			
Elaboración de la parte teórica de la tesis			X	X		
Trabajo de campo				X X X		
Organización de la investigación de campo y confrontación de objetivos a hipótesis					X X	
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta					X X	
Revisión y aprobación por el director						X
Sesión reservada por el Tribunal de Tesis						X X
Disertación, defensa y graduación						X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. RECURSOS HUMANOS:

- Director de Tesis : Por designarse
- Postulante : Rodrigo E. Pazmiño Meléndez
- Personas encuestadas y entrevistadas
- Miembros del Tribunal de Grado.

9.2. RECURSOS MATERIALES Y COSTOS:

- Bibliografía sobre el tema de investigación	\$.	350.00
- Fotocopias		50.00
- Materiales de oficina (papel, esferos, lápices, etc.)		200.00
- Equipo de oficina		500.00
- Internet		50.00
- Transporte y movilización		350.00
- Elaboración y reproducción del informe		300.00
- Imprevistos		200.00

TOTAL: \$ 2.000.00

SON: Dos mil dólares americanos

9.3. FINANCIAMIENTO:

El costo que demande esta investigación, será financiado con recursos propios del autor.

10. BIBLIOGRAFÍA.

ANDRADE UBIDIA, Santiago y ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando: La transformación de la Justicia. Edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008.

CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, 2008.

CÓDIGO ORGÁNICO de la Función Judicial: Publicado en el Suplemento del RO. No.544, del 9 de marzo de 2009.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Publicado en el Suplemento del RO. No. 58-S, del 12 de julio de 2005.

FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison: Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio. Editorial Limusa, México.1992.

GARCÍA LÓPEZ, Eric: "Justicia Restaurativa en Oaxaca: perspectivas desde la sicología jurídica, IterCriminis" México 2010.

LARREA HOLGUÍN, Juan: Derecho Constitucional. Tomo 1. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador. 2000.

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: Publicada en el Registro Oficial No. 145, del 4 de septiembre de 2007.

LOVENHEIM, Peter: Principios y Técnicas de Mediación, un método de resolución de conflictos. Editorial Biblos, Argentina, 1995.

11.2. ANEXO 2 ENCUESTA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Tengo a bien solicitar se sirva responder las preguntas que lo he formulado para esta encuesta, a fin de llegar a conocer su criterio acerca de la problemática que es objeto de mi trabajo de investigación previa a la obtención del título de abogado cuyo título es el siguiente: **“LA MEDIACION COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**. Por la colaboración prestada a mi pedido le agradezco.

CUESTIONARIO

1.- ¿Cree usted que la mediación como un requisito previo para solucionar conflictos debería ser utilizado obligatoriamente en nuestro sistema procesal Ecuatoriano antes de seguir un proceso judicial?

SI ()

NO ()

Porqué.....
.....

2.- ¿Cree usted que existe algún reglamento, instructivo o en el Código de Procedimiento Civil vigente, una norma legal para que se derive la causa por parte del Juez o Jueza, en materias transigibles antes de que se inicie cualquier proceso judicial?

SI ()

NO ()

Porqué.....
.....

3.- ¿Cree usted que la falta de disposición o norma expresa sobre la mediación como requisito previo para solucionar conflictos vulnera la seguridad jurídica reconocida en la Constitución de la República?

SI ()

NO ()

Porqué.....
.....

4.- ¿Según su experiencia, considera usted beneficioso incluir a la mediación como un requisito previo, antes de seguir un proceso judicial, de manera que los jueces solo conozcan aquellos casos que no son transigibles o bien aquellos que vía mediación no fueron resueltos?

SI ()

NO ()

Porqué.....

.....

5.- ¿Está de acuerdo usted en que es imperiosa una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

SI ()

NO ()

Porqué.....

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.3. ANEXO N° 3: PREGUNTAS APLICADAS EN LA ENTREVISTA.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Tengo a bien solicitar se sirva responder las preguntas que lo he formulado para esta entrevista, a fin de llegar a conocer su criterio acerca de la problemática que es objeto de mi trabajo de investigación previa a la obtención del título de abogado cuyo título es el siguiente: **“LA MEDIACION COMO REQUISITO PREVIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS EN MATERIAS TRANSIGIBLES EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO”**. Por la colaboración prestada a mi pedido le agradezco.

PREGUNTAS

1. Al comparar el proceso civil y la mediación como un requisito previo antes de un inicio procesal, a su criterio ¿Cuál procedimiento es más simple?

.....

.....

.....

.....

2. Para evitar represamientos de causas ¿Considera correcto que las causas en materias transigibles sean derivadas obligatoriamente a mediación para su tramitación?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Considera que la mediación contribuye al pleno ejercicio de la seguridad jurídica?

.....
.....
.....
.....

4. ¿De qué forma la mediación contribuye a la economía procesal?

.....
.....
.....
.....

5. ¿Considera usted necesario que se realice una reforma a la Ley de Arbitraje y mediación, en la cual se implemente a la mediación como un requisito previo, a fin de evitar la acumulación de causas en los juzgados y tribunales del país?

.....

.....

.....

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
1. TITULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1 ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	64
6. RESULTADOS.....	68
7. DISCUSIÓN	89
8. CONCLUSIONES	95
9. RECOMENDACIONES.....	97
9.1. PROPUESTA DE REFORMA.....	99
10. BIBLIOGRAFÍA.....	102
11. ANEXOS.....	104
ÍNDICE	128