



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

Solo cuando te propones lo mejor, puedes llegar.
“La Mediación Prejudicial, Voluntaria y Obligatoria como Tendencia Moderna del Derecho en la Solución de Conflictos”

Tesis Previa a la Obtención del Grado de Licenciado en Jurisprudencia y Título de Abogado.

AUTOR:

Andrés Francisco Jiménez Merino

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Fernando Soto Soto Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2018



CERTIFICACIÓN

Dr.

Fernando Soto Soto Mg. Sc.

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA,
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICO:

Que luego de haber revisado minuciosamente el trabajo de investigación titulado: **“La Mediación Prejudicial, Voluntaria y Obligatoria como Tendencia Moderna del Derecho en la Solución de Conflictos”**, presentado por el señor ANDRÉS FRANCISCO JIMÉNEZ MERINO, previo a la obtención del título de Abogado, cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por las normas generales para la graduación de la Universidad Nacional de Loja; por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 19 de septiembre de 2018



Dr. Fernando Soto Soto Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

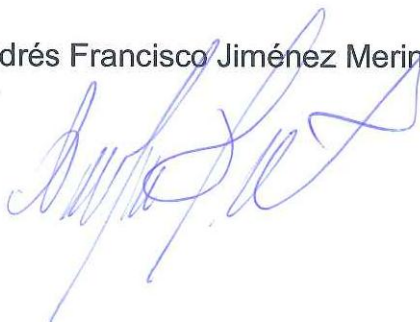
AUTORÍA

Yo, **ANDRÉS FRANCISCO JIMÉNEZ MERINO**, declaro ser el autor del siguiente 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 repertorio institucional Biblioteca-Virtual.

Autor: Andrés Francisco Jiménez Merino

Firma:



Cédula: 1104466303

Fecha: Loja, 18 de Diciembre de 2018

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

Yo, Andrés Francisco Jiménez Merino, declaro ser autor de la tesis titulada: **“La Mediación Prejudicial, Voluntaria y Obligatoria como Tendencia Moderna del Derecho en la Solución de Conflictos”**, como requisito para optar al Grado de **Licenciado en Jurisprudencia y Título de Abogado**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el **RDI**, en las redes de información del 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, firmo en la ciudad de Loja a los 18 días del mes de Diciembre de dos mil dieciocho.

Firma:

Autor: Andrés Francisco Jiménez Merino

Cédula: 1104466303

Dirección: La Pradera, calles Catamayo y Acacias.

Correo electrónico: andresito_ji92@hotmail.com

Director de tesis: Dr. Fernando Soto Soto Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Shandry Armijos. Mg. Sc.

Vocal: Dr. Daniel Chamba. Mg. Sc.

Vocal: Dr. Ángel Hoyos Escaleras. Mg. Sc.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, lo dedico con mucho amor, a mis padres y familiares quienes con su perseverante sacrificio me ayudaron a realizar un éxito más para mí.

Dedico el presente trabajo, personal docente y administrativo de la Universidad Nacional de Loja, que a través de estos cinco años han formado parte esencial de mi vida siendo la Carrera de Derecho mi segundo hogar.

Andrés Francisco Jiménez Merino

AGRADECIMIENTO

Mi eterno y sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, Carrera de Derecho de la facultad Jurídica, Social y Administrativa en cuyas aulas tuve la oportunidad de ilustrarme y formarme como un profesional. A todos sus distinguidos catedráticos por haberme compartido sus sabios conocimientos, a mi director de tesis Dr. Fernando Soto Soto, por ser guía en el desarrollo de esta investigación.

Andrés Francisco Jiménez Merino

TABLA DE CONTENIDOS

- i. Portada**
- ii. Certificación**
- iii. Autoría**
- iv. Carta de autorización**
- v. Dedicatoria**
- vi. Agradecimiento**
- vii. Tabla de contenidos**
- 1. TITULO**
- 2. Resumen
 - 2.1. Abstract
- 3. Introducción
- 4. REVISIÓN DE LITERATURA**
- 4.1. Marco conceptual**
 - 4.1.1. Conceptos de mediación
 - 4.1.2. Mediación prejudicial obligatoria
 - 4.1.3. La mediación voluntaria o facultativa
 - 4.1.4. Paz social
- 4.2. Marco doctrinario**
 - 4.2.1. Etimología de la mediación
 - 4.2.2. Antecedentes de la mediación
 - 4.2.3. Antecedentes de la mediación en el Ecuador
 - 4.2.4 .La mediación desde el aspecto doctrinario
 - 4.2 .5 .La mediación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de

conflictos en la doctrina

4.2.6. Cómo funciona la mediación

4.2.7. Cualidades esenciales de la mediación

4.2.8. Medios alternativos a la solución de conflictos

4.2.8.1. Negociación

4.2.8.2. Mediación

4.2.8.3. Conciliación

4.2.8.4. Arbitraje

4.2.9. Modalidades de mediación

4.2.10. Qué casos se tratan en la mediación

4.2.11. Cualidades del Mediador

4.2.12. Tendencia moderna

4.3. Marco jurídico

4.3.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

4.3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

4.3.3. Fundamento constitucional de la mediación

4.3.4. Fundamento legal de la mediación

4.3.4.1. Ley de Mediación y Arbitraje

4.3.4.2. Código Orgánico de la Función Judicial

4.4. Ley de Mediación en el Derecho Comparado

4.4.1. Legislación Argentina

4.4.2. Legislación chilena

5. MATERIALES, MÉTODOS y TÉCNICAS

5.1. Materiales

5.2. Métodos

5.2.1. Método Inductivo

5.2.2. Método Deductivo.

5.2.3. Método de Análisis.

5.2.4. Método de Síntesis.

5.3. Técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de las encuestas

6.2. Informe de entrevistas

7. DISCUSIÓN

7.1 verificación de objetivos

7.1.1 Objetivo General

7.1.2. Objetivos Específicos

7.2. Fundamentos jurídicos, doctrinarios que sustentan la propuesta de Reforma Legal.

7.3. Verificación de hipótesis

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 Propuesta de reforma jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

“La Mediación Prejudicial, Voluntaria y Obligatoria como Tendencia Moderna del Derecho en la Solución de Conflictos”

2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación corresponde a un estudio jurídico, doctrinario y de derecho comparado, titulado, **“La Mediación Prejudicial, Voluntaria y Obligatoria como Tendencia Moderna del Derecho en la Solución de Conflictos”**, con el propósito de acelerar aquellos procesos que son de materia transigible mediante la mediación, y por economía procesal, evitando gastos para las partes y a su vez lleguen a un acuerdo voluntario.

La carga procesal en materia transigible se encuentra aglomerada debido a la cantidad de procesos judiciales que se presentan día a día, siendo los jueces los únicos responsables de dar cumplimiento y garantizar los derechos a las partes procesales, si bien existe la mediación, pero en muchos de los casos las partes procesales no les interesa pasar por el centro de mediación porque en su mayoría consideran que no es factible, y consideran que la mediación en nuestro país carece de eficacia procesal.

En la presente investigación, mediante encuestas y entrevistas realizadas a diversos funcionarios de la función judicial de Loja han considerado que sería de gran utilidad establecer la mediación obligatoria en materia transigible y de esa forma ayudar en la carga procesal de los jueces.

Los legisladores argentinos han estimado que los procesos que corresponden materias transigibles y debido a la carga procesal que tienen los jueces y basándose en el principio de celeridad y economía procesal, y, al ser procesos, que pueden ser resueltos mediante acuerdo por las partes procesales, los legisladores han estimado necesario que las partes procesales están en la obligación de pasar primero por el centro de mediación obligatoria para ver si en desarrollo de la audiencia lleguen a un acuerdo, antes de llegar a la vía judicial.

Para aquellas personas que pretenden hacer efectivo un derecho mediante vía judicial, su primera visión es ir directamente a las instancias judiciales para obligar al demandado a cumplir con determinada obligación, por lo que en algunos casos se llegan a un acuerdo en la audiencia preliminar.

El presente trabajo de investigación tiene una orientación desde el punto de vista social, económico y jurídico, en base al estudio del derecho comparado, demostrando que países Argentina, Perú, han incorporado a su norma, la mediación obligatoria, y en su fundamento pertinente citan; los procesos que son de materia transigible deben obligadamente pasar por mediación obligatoria

2.1 ABSTRACT

This research work corresponds to a legal study, doctrinal and comparative law, entitled, "" Prejudicial, voluntary and mandatory mediation as a modern trend of law in conflict resolution. ", With the purpose of accelerating those processes that are of material transigible through mediation, and by procedural economy, avoiding expenses for the parties and in turn reaching a voluntary agreement.

The procedural burden in transigible matters is agglomerated due to the number of legal proceedings that are presented every day, with the judges being solely responsible for compliance and guaranteeing the rights of the parties to the proceedings, although there is mediation, but in many cases of the cases, the procedural parties do not want to go through the mediation center because most of them consider that it is not feasible, and consider that the mediation in our country lacks procedural efficiency.

In the present investigation, through surveys and interviews conducted with various officials of the judicial function of Loja have considered that it would be very useful to establish mandatory mediation in transigible matter and thus help in the procedural burden of the judges.

Argentine legislators have estimated that the processes that correspond to transferable matters and due to the procedural burden that the judges have and based on the principle of speed and procedural economy, and, being

processes, that can be resolved by agreement by the parties to the proceedings, the legislators have deemed necessary that the procedural parties are obliged to first pass through the mandatory mediation center to see if in the course of the hearing they reach an agreement, before reaching the court.

For those persons who intend to enforce a right through judicial channels, their first vision is to go directly to the courts to force the defendant to comply with a certain obligation, so in some cases an agreement is reached at the preliminary hearing.

This research work has an orientation from the social, economic and legal point of view, based on the study of comparative law, demonstrating that countries Argentina, Peru, have incorporated to their norm, mandatory mediation, and in their pertinent foundation cite; the processes that are of transigible matter must obligatorily pass through mandatory mediation.

3. INTRODUCCIÓN

La mediación es la mejor forma de llegar a solucionar conflictos sociales en el cual las partes lleguen a un acuerdo y garantizan la paz social, si bien la mediación es un procedimiento de solución de conflictos que versan sobre materias transigibles es donde las partes interesadas asistidas con un tercero llamado mediador llegan a un acuerdo voluntario.

Diversos criterios de profesionales del derecho como funcionarios del consejo de la judicatura, consideran que si se debería aplicar la mediación obligatoria en materias transigibles antes de ir a instancias judiciales, siempre y cuando se garantice el procedimiento correcto, aplicando los principios de celeridad y economía procesal. Por otro lado, consideran que no se debería aplicar la mediación obligatoria argumentando que la mediación no es factible en nuestro medio jurídico y es por esa razón que las partes procesales prefieren directamente ir a instancias judiciales, para poder hacer efectivo dicho derecho que consideran que ha sido violado.

El presente trabajo investigativo denominado *“La mediación prejudicial, voluntaria y obligatoria como tendencia moderna del derecho en la solución de conflictos.”*, busca solucionar los conflictos de la manera más benéfica para las partes, el mediador está en la obligación de velar que se cumpla con lo acordado por las partes. La mediación no debe quedarse como un simple enunciado o mejor dicho en letra muerta, al existir la mediación en nuestra

legislación, los juzgadores deberían facilitar a las partes los medios más fáciles y factibles para solucionar sus conflictos sociales y personales donde los mismos se sientan seguros.

Es por ello, que he considerado necesario adoptar la misma medida que los legisladores argentinos en su Código Civil "*Art. 1º Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia,*" de aplicar la mediación obligatoria en materias transigibles antes de ir a instancias judiciales, e incorporarla al Código Orgánico General de Procesos, amparado en los 97 y 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para su comprobación se planteó un objetivo general, el mismo que fue comprobado mediante el uso del derecho normativo, doctrinario y derecho comparado, en cuanto a la mediación prejudicial obligatoria, el cual he demostrado la necesidad de aplicar la mediación obligatoria en materias transigibles antes de ir a instancias judiciales y la celeridad de los mismos llegando las partes a un acuerdo por medio de un mediador.

El Derecho comparado me permitió realizar un contraste con nuestra legislación, demostrando que si se debería plasmar en nuestra norma la mediación obligatoria en materia transigible, evitando de esta forma la

acumulación de cargas procesales y que en los mismos haya eficacia jurídica y celeridad procesal sin afectar los derechos de las partes.

El proceso metodológico seguido en el desarrollo de la presente investigación, se basó en la utilización de diversos métodos como el método, inductivo, deductivo, comparativo y bibliográfico; también se destacó técnicas de trabajo como la encuesta y la entrevista.

Seguidamente se analizó los resultados de las encuestas planteadas, las mismas que fueron utilizadas para la interpretación y el análisis, interpretándolo de una manera sencilla y entendible para la sociedad. Mediante el acopio teórico y resultados de campo se desarrolló la discusión de la problemática mediante un análisis profundo y crítico que se los concreto con argumentos válidos para contrastar la hipótesis y proceder a fundamentar y elaborar la propuesta jurídica de la reforma legal necesaria.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco conceptual

4.1.1. Conceptos de mediación

“La mediación es un medio de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren «voluntariamente» a una tercera persona «imparcial», el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio, es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la ley. Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes.”¹

La mediación es un proceso extrajudicial, diferente a los canales judiciales de disputas, es una forma de recurrir de manera voluntaria para resolver los conflictos, en el cual las dos partes son asistidas por un tercero neutral e imparcial, que se lo conoce como mediador, así se llegará a un acuerdo autónomo satisfactorio para ambas partes ya que este no tendrá la intervención de terceras personas.

La mediación es un modo de resolución de conflictos, que puede aplicarse como etapa prejudicial para evitar la iniciación de un juicio, mediante

¹ **ARMAS** Hernández Manuel, Universidad de Barcelona, en su obra La Mediación en la Resolución de Conflictos, pág 126, cita a **ROZENBLUM DE HOROWITZ Sara**, Mediación en la Escuela Resolución de conflictos en el ámbito educativo adolescente, Aique Grupo Editor S.A. Capital Federal (Argentina) Primera edición año 1998.

un arreglo extrajudicial entre las partes; o en cualquier otro ámbito, como por ejemplo el escolar, para posibilitar una convivencia más armónica y la resolución pacífica de las diferencias, construyendo un clima cooperativo y mejorando la comunicación, evitando sanciones que generan más actitudes violentas en muchos casos, pues el alumno no acepta su responsabilidad en las agresiones interpersonales, y por lo tanto considera injusto el castigo.

“Mediación es apaciguamiento, real o intentado, en controversia, conflicto o lucha”²

La mediación tiene como propósito apaciguar a las partes que tiene conflictos que no han podido llegar a solucionarlos entre sí, orientándoles recurrir a una tercera persona quien será el encargado de luchar o hacer todos los medios que se encuentren a su alcance para que las partes lleguen a un acuerdo y no lleguen a instancias judiciales.

“La mediación es un procedimiento informal y flexible, que no puede dejar enmarcado dentro de reglas fijas únicas. En efecto, en cada proceso de mediación se dan múltiples características propias, que no permiten asimilar un proceso anterior a casos futuros.”³

La mediación no cuenta con reglas a seguir, si no que la misma palabra se embarca para dar una dirección a seguir al mediador para que las partes logren concretar acuerdos y tomar decisiones que favorezcan a las mismas y

² OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1ª Edición Electrónica, Realizada por Datascan, S.A, Guatemala, C.A, año 1991, pág. 589.

³ FERRERO Costa Eduardo, La Mediación Teoría y Práctica, publicado en el año 2013, pág. 44, pdf.

no desenlazar controversias a futuro, la mediación así como busca el acuerdo también busca que las partes cumplan con lo acordado y evitar llegar hasta los tribunales de justicia.

Para que el proceso de mediación sea posible, es necesario que el mediador motive a las partes y puedan llegar a un acuerdo y poder resolver el conflicto que tiene a las partes en riñas, logrando vivir en armonía mediante el respeto mutuo durante y después del proceso, y respetar los acuerdos que se han propuesto por las mismas partes, la reflexión sobre la mediación ayuda a todos a entender el conflicto y su dimensión ideológica.

“Se señala también a la mediación como un procedimiento basado en los intereses de las partes, en un litigio ante los tribunales, el resultado de un caso determinado por los hechos objeto de la controversia y el derecho aplicable”⁴.

La Mediación es una forma flexible de resolución de conflictos, que permite a las partes en disputa una solución previa a lo que hubiera constituido un litigio. La Mediación ofrece a las partes una oportunidad de ganar una mayor comprensión de su conflicto, y limitar el coste (tanto en tiempo como en dinero) que implica un procedimiento legal completo. En la mediación las partes involucradas, trabajan con un profesional imparcial, el mediador, como ya lo hemos dicho anteriormente, estos generan sus propias soluciones para resolver sus diferencias. A diferencia de un Juez, o un árbitro cuyas decisiones

⁴ **OMPI, Organización Mundial de la propiedad** intelectual, www.wipo.int/amc/es/mediation/what-mediation.html

obligan a las partes, e implican que una parte gana y la otra pierde, la mediación busca obtener una solución válida para ambas partes.

Para los juristas Folberg Jay y Taylor Alison sostiene 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 objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas.”*⁵

4.1.2. Mediación prejudicial obligatoria

*“La mediación es una forma de resolver conflictos entre dos o más personas. Las personas se reúnen con un mediador para tratar de llegar a un acuerdo. Es la que se hace antes de iniciar un juicio para que las personas encuentren una solución al problema sin necesidad de recurrir a un juez. La mediación es voluntaria, confidencial y está basada en el diálogo.”*⁶

La mediación obligatoria, exige a las partes a recurrir primero a un centro de mediación y mediante la intervención del mediador llegar a un acuerdo antes de llegar a instancias judiciales, si no se puede llegar a un acuerdo las partes deberán ir por la vía judicial y hacer valer su derecho, la mediación

⁵ FOLBERG Jay y Taylor Alison, Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. Ed. Limusa, S.A. México, 1996.

⁶ DERECHOFACIL.gob.ar/leysimple/mediacion/#Mediacion_prejudicial

prejudicial en si no afecta que la persona desee presentar a futuro una demanda en caso de incumplimiento.

“La doctora González Mariana Inés indica que la mediación prejudicial obligatoria al ser un procedimiento más rápido y de menor costo que el juicio...es una herramienta de resolución de conflictos alternativa al juicio en el que las partes llegan a un acuerdo en la fase de mediación, y su impacto en la eficiencia del citado sector que la introducción de la mediación mejora la calidad y cantidad del bien justicia provista y el acceso a la justicia...”⁷

La mediación prejudicial obligatoria es una medida de solución de conflictos alternativa a un proceso judicial en el que las partes interesadas tienen que asistir obligatoriamente ante un centro de mediación y poder conciliar conforme se vaya desarrollando el dialogo con el mediador para no llegar a instancias judiciales y dar mayor celeridad procesal y economía procesal a las partes.

La importancia de la mediación prejudicial obligatoria consiste en disminuir la alta tasa de demandas que en ocasiones podría llegarse a un acuerdo por medio de la mediación, considerándose como un requisito prejudicial, que de darse el caso ya no sería necesario llegar a la justicia ordinaria.

⁷ GONZÁLEZ Mariana Inés González, Evaluación de la mediación prejudicial en Argentina, publicado en Argentina año 2008, pág. 2. pdf

4.1.3. La mediación voluntaria o facultativa

“La mediación voluntaria o facultativa es aquella en que las partes pueden acudir a un mediador/a para intentar poner término a un conflicto familiar mediante un proceso de mediación libremente y sin la sugerencia de un juez ni la imposición de la ley.”⁸

La mediación solo procede en materias transigibles, comúnmente la mediación es considerada por las partes cuando voluntariamente desean llegar a un acuerdo sin la necesidad que intervenga un juez.

Para la doctora Liliam Valdés Cruz considera a la mediación voluntaria en que *“Las partes de una disputa entran en el proceso de mediación por propia decisión, determinan qué información revelan u ocultan, deciden si llegan a un acuerdo o no, y pueden retirarse en cualquier momento. Es decir, nadie tiene que aceptar una solución impuesta, y las partes son libres de no llegar a un acuerdo si creen que existe otra alternativa mejor.”⁹*

La mediación voluntaria las partes llegan a un acuerdo y está en ellas si aceptan o no dicho acuerdo, las partes exponen y escuchan los argumentos de la contraparte y de ser favorable llegan a un acuerdos en que las partes que intervienen salgan beneficiado con dicho acuerdo, la mediación voluntaria da a las partes la libertad de exponer medios alternativos para solucionar su conflicto de una manera pacífica.

⁸ Página web, BASS Asesorías gestión y mediacionmediacionyasesoria.cl/mediacion-voluntaria/

⁹ CRUZ Liliam Valdés, Concepto de Mediación página web publicado en el año 2010 Argentina.

4.1.4. Paz social

Para el Jurista Hans Kelsen nos dice que "La Paz es una situación que se caracteriza por la ausencia de la Fuerza. Dentro de una Sociedad organizada, sin embargo, la ausencia absoluta de Fuerza la idea del anarquismo no es posible. El empleo de la Fuerza en las relaciones entre los individuos se evita reservándolo para la Comunidad"¹⁰

La paz sociales es elemental y fundamental para que la sociedad pueda vivir en armonía, para que exista la armonía en la sociedad, la sociedad debe aprender a convivir en avenencia y el los conflictos sociales que se desarrolle en la misma debe ser resueltos en los mejores términos sin que se vulneren los derechos de los mismos, si la justicia actúa conforme a la ley se puede decir que haz paz en la sociedad.

Podemos hablar de paz social cuando en todos los grupos, clases o estamentos sociales exista las buenas relaciones, entendimiento y ambiente amigable dentro de un país, donde podemos decir que la paz social es el bienestar de la sociedad la cual no se conseguiría si se le arrebata los derechos propios.

"La paz social es el bienestar de la persona, a su libre manera de pensar. La paz no se conseguiría si se le arrebata los derechos propios de la persona, suprime todo derecho inherente que se le atribuye como ser humano. La paz

¹⁰ MONTES Walter Jorge, La Paz Social , página web, año de publicación en Argentina

social se sostiene en un Estado de Derecho, que respeta la dignidad de la persona. Cuando a un grupo de hombres se les niegan los derechos fundamentales estos se sentirán oprimidos.”¹¹

La paz social implica el disfrute de los derechos humanos, la integración social, desarrollo y responsabilidad, cuya puesta en práctica nos permitirá avanzar en la construcción de una sociedad pacífica, y emprendedora. Un país se desarrolla mejor en un ambiente calmado, de bienestar para con él y con la sociedad que lo rodea, estableciendo la confianza del pueblo con el Estado.

La justicia es el reflejo completo del manejo sostenible de un Estado, solo de esta manera se podría dar la paz social con lineamientos establecidos para una sociedad. Somos conscientes que es difícil procurar y mantener la paz, y que esto es trabajo de todo un país, sino y que es ahí donde radica la oportunidad para que todos los sectores puedan participar. Se trata, de una paz social, donde se mantienen buenas relaciones entre comunidades de individuos.

Muchos autores recalcan a la mediación prejudicial como un beneficio en caso de aplicarse en el Ecuador, que ayudaría a llegar a la paz social.

Dicho procedimiento de la mediación debe ser obligatorio, antes de que se lleve a juicio y con más razón dentro del mismo, solo así, con la ayuda de todos los que acudan la mediación se divulgaría y llegaría al conocimiento de la

¹¹TÉLLEZ Chávez Robert, Paz Social, publicado en el año 2012 en Bolivia.

mayoría de la población, sino seguirá siendo una buena alternativa, pero conocida a medias y acatada sin ninguna obligatoriedad. Porque si esta alternativa se quiere utilizar dentro del proceso legal, dentro de la causa que ha conocido el juez, es porque una de las partes ha incumplido una obligación o ha quebrantado un derecho y en consecuencia ha incumplido con la ley. Por estas razones, la otra parte ha tenido que recurrir al órgano de justicia para que se haga efectivo su pedido legal. Dentro del proceso ordinario ya no existe la voluntad mutua de las partes para poner fin a las controversias como posiblemente pueda existir en la mediación extra procesal.

Así se mantiene una carga procesal extensa dentro de los juzgados, por la falta de una cultura de paz, con los antecedentes antes mencionado ratifico la importancia de incluir en nuestra legislación, la mediación como prejudicial obligatoria.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Etimología de la mediación

La palabra mediación proviene del latín *mediato*¹² que significa acción y efecto de ponerse al medio de un pleito para tratar de arreglarlo, tratar de encontrar un punto medio que puede ser aceptado por ambas partes del conflicto. Sus componentes léxicos son: *medius* (medio, común, mediano), más el sufijo *-ción* (acción y efecto).

¹² <http://ETIMOLOGIAS.dechile.net/?mediacio.n>

4.2.2. Antecedentes de la mediación

Si nos remontamos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo de la humanidad, ya que es tan antiguo como el conflicto, este es congénita al ser humano y a los grupos que integra, su génesis es la de la vida en comunidad. Existen fragmentos filosóficos presocrático, como los de Heráclito y Aristóteles donde podemos traducir que el conflicto es el promotor del cambio y a su vez es consecuencia de este y simplemente se necesitan dos seres, ya que el conflicto se caracteriza por la dualidad adversario adversario.

“La mediación, tal como ahora la conocemos al principio no se la denominó con ese término, no es sino una adaptación actualizada de los que ya existía en otras culturas, en otras épocas, como en China, Japón y otras.”¹³

En China, desde la antigüedad, fue un recurso básico en la resolución de los desacuerdos, Confucio afirmaba la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que debía dejarse desenvolverse, en su pensamiento, el apoyo unilateral y la intervención adversarial, dificultan la comprensión y son la antítesis de la paz. En esta república la mediación se sigue ejerciendo en la actualidad a través de los comités populares de conciliación.

En Japón la mediación tiene viejas raíces en sus costumbres y leyes, en sus pueblos se esperaba que un líder ayudara a resolver las disputas, en los

¹³ Fuente: Manual de formación básica de mediadores.

tribunales japoneses, se dispuso legalmente la conciliación de desavenencias personales antes de la segunda guerra mundial.

En África era costumbre reunir una Asamblea Vecinal para la resolución de conflictos interpersonales, con la ayuda de una persona con autoridad sobre los contendientes, en muchas culturas y lugares, tal como parece ser en la africana, los círculos familiares han proporcionado recursos para dirimir controversias entre sus miembros.

Los jefes de familia ofrecían su experiencia y sabiduría, para ayudarlos a coincidir en pacificadores acuerdos, se observa que, a medida que la *"Familiar extensa o expandida"* fue siendo reemplazada por la *"familia nuclear"*, los *mecanismos formales fueron supliendo a los informales en la resolución de conflictos.*¹⁴

En Grecia, el sistema utilizado guardaba más similitud con el arbitraje actual o el proceso judicial (juez), la cuestión se ponía en manos de un tercero neutral al que las partes se sometían.

En el Imperio Romano, aparece la palabra *intercessio*, para describir el acto por la que un magistrado de igual o inferior rango vetaba a otro en sus decisiones, estando este presente.

Las Instituciones Religiosas han asumido durante siglos la sugerencia de formas de convivencias pacíficas y de reorganización de las relaciones, por

¹⁴ **PRENSA** de Córdoba, Conceptos Básicos de la Mediación, publicado en Argentina año 2009, pág.3

medio de la práctica de la mediación, grupos étnicos y culturales han establecido históricamente sus propias normas, y sosteniendo su independencia y su poder a salvo de la autoridad religiosa, gubernamental u otra autoridad secular. La tendencia hacia la Mediación se está manifestando cada vez más y muchas veces montada en la tradición ancestral de cada cultura y sociedad, por ejemplo: Hawai tiene la tradición holoponopono, Palestina, la Sulka, la gente del Cáucaso hace intervenir a sus ancianos. Actualmente aún, la efectividad de la mediación, depende del campo en que se aplique, y que sus formas y objetivos sean equilibrados y cooperativamente constructivos.

Tal como la conocemos hoy, la mediación como técnica e institución orientada a la resolución alternativa de disputas y de conflictos nació en Estados Unidos en la década de los 60 (siglo XX). El elevado coste judicial que tiene cualquier asunto en EEUU y el colapso al que habían llegado los tribunales, limitaba entonces y ahora, la posibilidad de acudir a los tribunales a una gran franja de la población con escasos recursos económicos, ello unido al desgaste que sufren las personas a nivel psicológico y los tiempos tan elevados en resolver cualquier controversia, en sede judicial, hizo que las personas buscaran formas alternativas de resolución de disputas, naciendo así las conocidas por el acrónimo ADR (Alternative Dispute Resolution), o en español RAD (Resolución Alternativa de Disputas), una forma económica de gestionar los conflictos y descongestionar los tribunales, la satisfacción de las partes mejoró, ya que como sabemos, de llegar a buen puerto la mediación, las partes ganan, frente a las opciones que ofrecen los tribunales o el arbitraje, en

la que las partes someten la cuestión a un tercero, que por simple lógica, debe conocer el asunto menos que las partes implicadas y va a decidir por ellos, su decisión acarreará que uno gane y otro pierda, frente a la mediación, que persigue que los mediados alcancen por sí mismos un acuerdo con la ayuda del mediador y ambos ganen.

Como vemos, es lógico que esta forma de solución de conflictos, esté más implantada en EEUU, su andadura en el tiempo es mayor y determinados asuntos como los temas de familia se solucionan por esta vía. A modo de curiosidad decir que las siglas RAD son conocidas como estándar internacional con el que se designa a los métodos extrajudiciales en su generalidad.

Estados Unidos, existen más de 500 Centros de Mediación que proveen mediadores a propietarios, inquilinos, vecinos enfrenta dos proveedores y clientes. Miles de escuelas a lo largo y ancho del país, entrenan a los chicos como mediadores entre pares y median en los salones de juego y en los corredores, las disputas de sus compañeros. Muchas organizaciones y empresas emplean la mediación en la resolución de demandas y quejas de los clientes, empleados, proveedores. En las Disputas internacionales cada vez más se emplea la mediación para resolverlas.

A Europa llegó en los años 70 y desde entonces, se viene utilizando en mayor o menor medida, de una forma u otra en distintos países. La implantación de la mediación familiar en Europa se lleva a cabo a partir de la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el

que recomendó a los gobiernos de los Estados miembros introducir la mediación familiar, promoverla o, en su caso reforzarla, adoptando y fortaleciendo las medidas necesarias.

En los países hispanoamericanos como Argentina, la creación del Decreto 1480/92 y la Ley General de Mediación y Conciliación núm. 24573 de 1995, constituyeron la obligatoriedad de la mediación previa, no quiere decir que sea obligatoria y que se atente contra el principio de voluntariedad, es más una recomendación, ya que, si las partes no quieren someter voluntariamente su asunto a mediación, no lo harán, cumplirán el trámite de acudir a la misma y abandonaran el proceso. Desde la celebración del Congreso-Hispanoamericano se han elaborado nuevos Códigos de Familia en diferentes países, en los que se prevén etapas de mediación para procurar la resolución del conflicto sin llegar a un proceso contradictorio.

Ejemplos:

En Camp David, El Pte. Carter medió entre Egipto e Israel que habían peleado cuatro guerras en 30 años.

El Papa evitó enfrentamientos entre Chile y Argentina por las Islas del canal de Beagle, mediando la divisoria de agua, aceptablemente.

La Comunidad Internacional medió terminando las guerras de Namibia, Mozambique, Nicaragua y Guatemala.

4.2.3. Antecedentes de la mediación en el Ecuador

Para que la Mediación sea integrada en nuestro sistema judicial tuvo que pasar algunas facetas, desde que se planteó por primera vez por la Comisión de Notables, la propuesta fue realizada por el reconocido Doctor Jorge Zavala Egas, que fue respaldada por los demás miembros, la cual fue redactada de la siguiente manera por el autor antes mencionado: **“Se reconoce le sistema arbitral y otros mecanismos alternativos para la solución de las controversias”**.

Dicho proyecto se envió al Congreso Nacional el 4 de octubre de 1994, en diferentes paquetes, este se llevó a tratar y se aprobó el 11 de enero de 1995 en el primer debate y al día siguiente sin ninguna observación se aprueba en segundo debate. MM ofimática

Tras haber perdido en la consulta del 28 de agosto de 1994 se realiza una nueva consulta el 26 de noviembre de 1995, convocada por el presidente Sixto Durán Ballén. En ésta consulta con resultado negativo y sin ningún justificativo aparente, se incluye en una pregunta que hacía referencia a la Función Judicial, el tema de Medios Alternativos, según el texto de la Consulta Popular y la pregunta referente a la Función Judicial se introduce un inciso, en el que se reconoce el sistema arbitral y otros medios alternativos para la solución de controversias, en lo personal considero que es muy importante ya que cumple con el mandato Constitucional de una paz social.

A pesar de esto, el 16 de enero de 1996, se publica en el Registro Oficial el llamado segundo bloque de reformas, 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.

Ha 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?*¹⁵

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 alternativo de solución de conflictos, estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley en materias que por su naturaleza se pueda transigir.

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

¹⁵ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, año 2008.** Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, Última modificación: 21-dic. 2015, Estado: Vigente. Art 191

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.

Al momento, se conoce que existe un proyecto de Reglamento General de Aplicación a la Ley de Arbitraje y Mediación, que realmente es muy necesaria que exista, pese a que, según la ley, da plazo de 90 días para su promulgación por parte del ejecutivo, pero lamentablemente no se ha dado. Esto sería vital para lo que son procesos, formas y maneras de desarrollo de una mediación. Incluso podría servir como referencia a la aplicabilidad y proceso de la ejecución de Actas en caso de no cumplimiento. Su nulidad y sucesos dentro de la vía de ejecución como recursos, nulidades procesales y otros.

Debo manifestar que 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.*¹⁶

Para los tratadistas Edison Fuentes Yanez y otros en su obra, *Obligatoriedad de la Mediación Previa en los procesos judiciales*, nos indican que los medios alternativos de solución de conflictos son cuatro, estos en sí son mecanismos que no son formales facilitan la solución que beneficia a ambas partes, estos procedimientos se los puede llevar a cabo de manera directa o a través de los negociadores en negociación, intervención de un tercero imparcial en la mediación, conciliación y arbitraje, todos se basan en los principios de libertad e igualdad y tienen características como la flexibilidad, comunicación horizontal, economía procesal, rapidez y eficacia.

4.2.4 .La mediación desde el aspecto doctrinario

Para el jurista español Gonzalo Iturmendi Morales “*«mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que*

¹⁶ PALACIOS Vinicio. Revista Judicial Hércules C1, publicado en Quito Ecuador año 2012, www. Derecho Ecuador.com

dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio.”¹⁷

Para este jurista Iturmendi Morales Gonzalo considera que para que proceda la mediación es un elemento o requisito esencial la libre y espontánea libertad de las partes sin necesidad de la presencia de un juez y poder llegar a un acuerdo en conjunto de un tercero llamado mediador quien es el encargado de realizar todos los medios posibles para las partes puedan conciliar, La finalidad de la mediación es facilitar el desarrollo de soluciones consensuadas entre las partes en disputa, un proceso de mediación debe ser examinado por un tercero imparcial, cuya autoridad debe descansar en el aprobación de las partes, las partes pueden dar criterios al mediador para facilitar las negociaciones, La independencia de la voluntad es definitiva en la mediación, así como la necesidad de hacer la mediación con calidad. En este sentido los mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes es necesario el acuerdo y la voluntad.

¹⁷ ITURMENDI Morales Gonzalo, Doctrina La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil, publicado en España año 2016, pág. 18

“La mediación no significa evitar las sanciones, ya que en casos extremos deben imponerse. Ayuda a crear valores como la tolerancia, la contención, la responsabilidad, la autoconciencia, la aceptación y entender otros puntos de vista. Requiere en el mediador, entrenamiento, posición neutral, eliminación de prejuicios, realización de preguntas abiertas y no intervención con opiniones personales.”¹⁸

La mediación ya sea obligatoria o voluntaria tiene como fin que las partes lleguen a un acuerdo y evitar que las mismas vayan a instancias judiciales, sin embargo la mediación no limita para que las partes vayan por la vía judicial incluso después de llevarse a cabo la mediación y si una de las partes no cumple con lo acordado se puede presentar la demanda ante la unidad judicial.

Una característica de la mediación es que es una negociación cooperativa, en la medida que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no sólo una de ellas. Por eso se la considera una vía no adversarial, porque evita la postura antagónica de ganador-perdedor. Por este motivo, también es un proceso ideal para el tipo de conflicto en el que las partes enfrentadas deban o deseen continuar la relación.¹⁹

4.2.5. La mediación prejudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos

Sin duda la justicia no siempre es justicia y muchas de las veces la justicia togada expresada en la imposibilidad de un sistema jurídico eficaz y en

¹⁸TÉLLEZ Chávez Robert, IDEM,

¹⁹ http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/5290/0214-9877_2013_1_2_189.pdf?sequence=1

los altos costos y dilaciones de los procesos. La carga procesal que llevan los jueces día a día es enorme y muchas de las veces no hay celeridad procesal por la misma carga procesal y más aún si son procesos que pueden ser resueltos mediante conciliación, a su vez se estaría cumpliendo el principio de celeridad y economía procesal, Para los juristas cubanos Jorge Luis Ordelin Font y Raúl José Vega Cardona en su obra La Mediación en la Solución de Conflictos de Derechos de Autor en Cuba: Necesidad de su Implementación exponen lo siguiente;

“Los procedimientos alternativos de solución de controversias no son más que aquellos mecanismos neutrales, a partir de los cuales las partes tienen la posibilidad de resolver controversias sin tener que acudir a los tribunales. Procedimientos que son escogidos por las partes y que tienen entre sus principales beneficios, la economía en tiempo y costos, la exhibilidad, el control por éstas, la neutralidad, la sencillez del procedimiento, la confidencialidad y la competencia. Se reconocen como medios alternativos a la solución de conflictos la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Siendo sólo la mediación el objeto de este artículo.”²⁰

Es necesario implementar la mediación prejudicial obligatoria esto por la existencia de una excesiva carga procesal en los distintos juzgados de lo civil, lo que se busca como propósito fundamental con esta guía jurídica es informar y orientar a la sociedad para que luego de una difusión y conocimiento por

²⁰ **ORDELIN** Font Jorge Luis y Raúl José Vega Cardona , La Mediación en la Solución de Conflictos de Derechos de Autor en Cuba: Necesidad de su Implementación Ordelin, publicado en Cuba año 2012, pág. 156

parte de la sociedad y juristas, se pueda discutir en la Asamblea Nacional para su posible aprobación e implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Se considera que la mediación prejudicial obligatoria, servirá como una especie de barrera, para que los juzgados no sigan aumentando su carga procesal, como ya lo hemos mencionado en líneas anteriores, es decir todo este mecanismo beneficia a los ciudadanos, ya que la mediación prejudicial obligatoria es ante todo un procedimiento confidencial, rápido y dirigido por un tercero neutral cuya misión orientar a las partes en conflicto para una solución pacífica, lo que significa que no se puede imponer una decisión a las partes para poder llegar a una solución, estas deben aceptarla voluntariamente, por consiguiente es una decisión voluntaria de las partes sin ningún tipo de presiones, lo que contrariamente sucede en la justicia ordinaria o en un proceso de arbitraje en donde un juez o a un árbitro dicta una sentencia, el mediador no es una persona que toma decisiones, la función del mediador consiste más bien en ayudar a que las partes lleguen a tomar una decisión propia sobre la solución de la controversia.

Como parte elemental de la doctrina la Dra. Maite Aguirrízabal Grünstein en la Revista Chilena de Derecho Privado comentarios de jurisprudencia, sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes procedimientos de respuesta.

“El primero, denominado de auto-composición, integrado por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y conciliación.

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, está compuesto por aquellos medios en los cuales las partes someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.”²¹

Hay dos formas principales en los cuales los mediadores ayudan a las partes a tomar su propia decisión siendo así la mediación un procedimiento confidencial, ya que la confidencialidad sirve para fomentar la franqueza y la apertura en el procedimiento, garantizando a las partes que las propuestas u ofertas den solución y no tengan ninguna consecuencia más allá del procedimiento de mediación, posteriormente el mediador deberá utilizar estrategias de comunicación, para que a través del dialogo las partes encuentren los caminos para solucionar los conflictos.

²¹ **AGUIRRÉZABAL** Grünstein Maite, Revista Jurídica Chilena de Derecho Privado Julio 2013 , N° 20, Derecho Procesal Civil, pág. 300

El Ecuador es un país, que necesita implantar nuevas normas jurídicas que ayuden y beneficien a la sociedad, estas deberán estar fundamentadas y motivadas para que permitan la dinamización y mejoramiento de las formas tradicionales de resolver los conflictos y sobre todo se convierta en una herramienta de progreso con avances significativos para la sociedad y el Estado.²²

4.2.6. Cómo funciona la mediación

En la sesión de Mediación, todas las partes comparten su punto de vista. El mediador hace preguntas a fin de asegurar un entendimiento claro de todas las cuestiones relevantes para las partes, de sus intereses, y posiciones.

Un mediador no:

- Actúa como abogado de ninguna de las partes
- Da asesoramiento jurídico
- Evalúa o juzga las cuestiones que se tratan en el proceso
- Decide quién gana o pierde

El mediador asiste a los mediados para crear y evaluar opciones a fin de resolver el conflicto. Cuando las partes alcanzan un acuerdo, los extremos de éste son revisados, reflejados por escrito, y firmados por todas las partes.

²² **CHACHA PACHAR José Rogelio**, Universidad Central del Ecuador, La Mediación Prejudicial Obligatoria como Mecanismo para Disminuir la Carga Procesal en los Juzgados de lo Civil de Quito, Quito Ecuador año 1016, pág. 18.

Como tal, un acuerdo puede ser legalmente vinculante, y por ello, explica a las partes su grado de compromiso con el acuerdo alcanzado.

La Mediación puede ser considerada como una negociación asistida, la negociación puede ser considerada como “comunicación tendente a la obtención de un acuerdo, por lo tanto, la mediación es “comunicación asistida para la obtención de acuerdos.

Es esencial el concepto de consentimiento informado. En tanto en cuanto los participantes entienden la naturaleza de un proceso de mediación, y, efectivamente consienten en participar en el proceso descrito, la mediación se convierte en posible y apropiada para sus fines.

4.2.7. Cualidades esenciales de la mediación

- **Voluntariedad.** Cada uno de los mediados puede abandonar el proceso en cualquier momento, por cualquier razón, o incluso, sin alegar razón alguna.
- **Es colaborativa.** Puesto que ningún participante en Mediación puede imponer nada a nadie, todos están motivados para resolver los problemas y alcanzar los mejores acuerdos.
- **Controlada.** Los participantes mantienen completa su capacidad de decisión y la posibilidad de oponerse a cualquier propuesta de acuerdo. Nada puede serle impuesto.

- **Confidencial.** La Mediación es confidencial. Las conversaciones mantenidas durante el proceso, y todos los materiales utilizados para la Mediación no son susceptibles de ser utilizados (esto incluye al propio mediador) en ningún procedimiento legal posterior, por ninguna de las partes en conflicto, su mediador está obligado a describir la extensión de la confidencialidad de la Mediación.

- **Informada.** El proceso de Mediación ofrece la oportunidad de obtener e incorporar información y consejo legal. Cada uno de los mediados puede recabar dicha información, solicitada de su abogado, o ambos, de uno cuyos servicios hayan decidido, de común acuerdo, recabar. Esta información no determina, salvo que las partes así lo quieran, el resultado de la mediación. Los mediadores tienden a animar a las partes a obtener asesoramiento legal y a aconsejarles que cualquier acuerdo que implique cuestiones de carácter legal sea revisado por abogados independientes con carácter previo a su firma. Si el asesoramiento legal se solicita o no, es, en último término, una decisión de los participantes en el proceso.

- **Imparcial, neutral, equilibrada y segura.** El mediador tiene la responsabilidad de asistir a cada mediado y no puede favorecer los intereses de uno frente a los del otro, ni puede favorecer un resultado específico de la Mediación. Su mediador está éticamente obligado a reconocer cualquier desviación sustancial en el tratamiento de los aspectos del conflicto. El papel del mediador es asegurar que las partes alcanzan

acuerdos de manera voluntaria, libre, e informada, y nunca como consecuencia de coerción o intimidación.

- **Auto responsable** y satisfactorio. Sobre la base de una participación activa en la resolución voluntaria del conflicto que conduce a las partes a una Mediación, el nivel de satisfacción de los participantes en ésta, y el grado de implicación y compromiso para mantener y cumplir los acuerdos alcanzados, ha demostrado ser notablemente superior en comparación con otras opciones relacionadas con la reclamación de los intereses de las partes en conflicto en vía judicial.

4.2.8. Medios alternativos a la solución de conflictos

4.2.8.1. Negociación

“Es un medio a través del cual las partes involucradas en el conflicto, sin la intervención de una tercera persona, llegan a un acuerdo amistoso y resolución pacífica, en un ambiente distendido de comunicación y respeto; pues se neutralizan intereses opuestos y concilian diferencias a través de pactos y acuerdos a los que se comprometen cumplir. Este medio lleva implícitos procesos de aprendizaje que fortalecen la cultura democrática y la participación libre de los actores en la solución de conflictos.”²³

²³ FUENTES YÁNEZ Edison, Obligatoriedad de la Mediación Previa en los Procesos Judiciales, Ecuador, año 2017, pág.3

Este medio que se lleva a cabo sin la intervención de un tercero, las partes involucradas llegan a un acuerdo y resolución amistosa y pacífica, a través de un ambiente relajado, donde prima la comunicación y respeto entre estas, ninguna de las partes muestra intereses personales sino más bien la conciliación de las diferencias llegando a acuerdos que se deciden a cumplir.

4.2.8.2. Mediación

Antes de introducirnos al estudio de la mediación según varios doctrinarios, es importante mencionar que la mediación es una actuación que se realiza de manera neutral e imparcial, en el cual un tercero sirve como canalizador para que un proceso pueda resolverse de manera pacífica, concluyendo en un acuerdo satisfactorio para ambas partes, los mismos que han decidido llevar su problema o controversia a un medio de solución de conflictos.

“Es un proceso en el que una persona imparcial, conocido como mediador, coopera con los interesados para encontrar una solución que convenga a las partes en conflicto, por lo que su rol es escuchar, brindar orientación cooperativa, generar un ambiente flexible de participación democrática y reducir la conflictividad, a fin de facilitar las condiciones que permitan encontrar soluciones equitativas [...]”²⁴

La mediación es un procedimiento extrajudicial en el que las dos partes de la controversia o conflicto son asistidas por un tercero neutral, idóneo,

²⁴ FUENTES YÁNEZ Edison, Ob. Cit. pág.3

imparcial y experto, su intervención es muy importante ya que precautela encontrar una solución que beneficia a ambas partes ya que esta será autónoma, mediador no puede proponer acuerdos, la mediación será posible en toda materia transigible y finalizará con la firma del acta por ambas partes y el mediador, inclusive sino se llegó a alguna solución, sea esta parcial o total.

4.2.8.3. Conciliación

“Es un medio a través del cual las personas involucradas en un conflicto, buscan resolverlo mediante un acuerdo satisfactorio con la intervención de un tercero o conciliador que actúa con el consentimiento de las partes o por mandato de la ley para proponer soluciones, las mismas que tendrán efecto vinculante [...]”.

La conciliación tiene similitud con la mediación, actúan de igual manera las partes que buscan resolver su conflicto de una manera satisfactoria con la ayuda de un tercero conocido como conciliador, quién actúa con el consentimiento de las partes o por mandato de la ley, a diferencia del mediador que no puede proponer soluciones el conciliador si tiene esa facultad, es un procedimiento breve y las soluciones son recíprocos y satisfactorios, es procedimiento se desarrolla en cuatro fases:

1. La inicial, donde se define el contexto de la conciliación;
2. El intercambio de historias, son los puntos de vista de los actores;

3. La situación del conflicto, aquí se concretan los puntos a tratar y se enfatiza en lo conciliable;
4. Las soluciones que se plantean; y e) los acuerdos que se especifican en un acta.

4.2.8.4. Arbitraje

“Es un proceso mediante el cual un tercero decide sobre el caso y las partes acatan. La decisión del tribunal de arbitraje se asimila al de una sentencia judicial y es denominada laudo arbitral por tener el carácter de cosa juzgada [...].”²⁵

El procedimiento de arbitraje tiene carácter de imponer, el árbitro que es auxiliar de la justicia es quien decide y las partes deben acogerse a dicha solución, la solución que tome el tribunal de arbitraje tiene similitud a una sentencia y se la considera laudo arbitral y tiene fuerza de cosa juzgada, acudir al arbitraje es de manera voluntaria, el árbitro tiene que escuchar a las partes para que así puedan defender sus puntos de vista, facilitando al árbitro tomar una decisión.

4.2.9. Modalidades de mediación

En un estudio llevado a cabo por el jurista Becker-Haven a principio de los años ochenta y citado por Taylor, se agruparon los roles y modelos seguidos por los mediadores en cuatro modalidades:

²⁵ FUENTES YÁNEZ Edison, Ob. Cit. pág. 3

- **Modalidad educativa.** El objetivo de la mediación de los seguidores de este modelo de intervención es el de facilitar a los clientes información objetiva sobre temas legales, educativos, psicológicos, de negociación, etc., para que las partes que acuden a la mediación, con el bagaje que les aporta una información que los dos quieren simultáneamente, negocien sus propios acuerdos.
- **Modalidad racional-analítica.** En este modelo, el proceso mediador, muy pautado y basado en protocolos de negociación asistida, va conduciendo a los clientes desde el primer punto en que se encuentra su negociación hasta el punto final de plasmación de un acuerdo satisfactorio. El mismo modelo es aplicado tanto a temas de custodia de hijos como a negociaciones sobre la distribución de bienes o la utilización de la vivienda conyugal.
- **Modalidad terapéutica.** El tema emocional no es pasado por alto a lo largo de las sesiones de mediación, sino que se abordan las emociones y los sentimientos (positivos, negativos, complejos...) como parte de la intervención mediadora, con el objetivo de que no sean un obstáculo para llegar a acuerdos o, simplemente, como parte integrante del proceso mediador.
- **Modalidad normativo-evaluativa.** El rol del mediador en este modelo es claramente directivo, el mediador es consciente de que su control del proceso está influyendo claramente en el contenido de la mediación, los mediadores que utilizan este modelo se sienten legitimados para seguirlo, porque creen que sólo con este rol pueden ayudar a que se logre el «mejor beneficio» de sus clientes. Siguen este modelo porque, en su opinión, les

ayuda a cumplir el requisito ético de intentar un equilibrio de poder entre las partes o porque, simplemente, les permite responder a las demandas de los clientes.

Teniendo en cuenta que la mediación es un procedimiento dado por un tercero, el cual va a llegar a un acuerdo entre dos o más personas que buscan una solución, con técnicas que ayudaran a la negociación para resolver un conflicto o controversia.

La mediación es aquella intervención representado en la persona del o de los mediadores, no vinculado a las partes de un conflicto, que lo hace en un principio a solicitud de cualquiera de ellas o de ambas, con el objetivo de promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución del conflicto.

Para la tratadista Sara Cobb la mediación es:

“proceso que estructura la intervención de las partes involucradas en modos que favorecen su participación y legitimidad, asumiendo responsabilidades para diseñar la resolución de sus disputas.”²⁶

Para esta autora la mediación es un transcurso donde las dos partes que se encuentran en un litigio y mediante el cual, y a través de un mediador tratan

²⁶ **COBB Sara.** Material bibliográfico del curso: Negociación y resolución de conflictos. Universidad de California, Santa Bárbara. Agosto-septiembre año 1995.

de llegar a un acuerdo, mismas que dentro de este acuerdo, toman una responsabilidad o compromiso, para poder dar cumplimiento al mismo.

Dentro de los importantes juristas expertos en el tema de mediación manifiesta:

“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 objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas.”²⁷

Que las partes o participantes de este conflicto son asistidas por un tercero neutral, el cual cumple un papel muy importante para llegar a la solución de la controversia, aísla todos los problemas, promueve la paz social y que las partes por autonomía propongan soluciones y llegar a un acuerdo.

García Presas Inmaculada, autora muy reconocida nos da un concepto muy amplio, define a la mediación como:

“un proceso transformativo de comunicación circular, que coloca las personas descentradas en su centro, y ordena el fluir de los conflictos que las

²⁷ FOLBERG, JAY Y TAYLOR, Alison, Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. Editorial Limusa, S.A. México, 1996.

*enfrenta al hallazgo de la misma cosa justa, evitando la recaída en la espiral de la venganza*²⁸

Como manifiesta la autora, que la mediación se lleva a cabo a través de un proceso donde la comunicación entre las partes es muy importante, permite que las personas se enfoquen en una solución donde ninguna de las partes sea perjudicada.

Dos de los grandes juristas manifiestan:

*“Entendemos por mediación el sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre las partes, considerada está en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario, confidencial, facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atiende, también, a las necesidades de las partes.”*²⁹

Entendemos que para llevar a cabo la mediación debe existir cooperación de las partes para así facilitarle al mediador, el cual es un tercero neutral capacitado idóneamente, quién no tiene poder de decisión, sino de

²⁸ GARCÍA PRESAS, Inmaculada, La Mediación familiar desde el ámbito jurídico. Editorial Juruá. Lisboa, año 2010

²⁹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y BOLAÑOS CARTUJO, Iñaki, La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar. Ediciones Trea, S. L. año 2006

ayudarles a que las partes a través de sus propuestas lleguen a una solución benéfica para estas.

El tratadista argentino Moore Christopher nos da su punto de vista sobre la mediación:

*“un tercero neutral e imparcial ayuda a la gente, facilitando la resolución de sus diferencias y nos ofrece una obra integral sobre lo que los mediadores hacen realmente para auxiliar a las personas en conflicto”*³⁰

El mediador o tercero neutral facilita a las partes mediante el dialogo la resolución de sus desacuerdos, que la mejor manera es obrar de buena fe, que ellos están prestos para ayudarles en todo.

Para el jurista Puy Muñoz y Soletto Muñoz en su publicación manifiestan lo siguiente:

“La mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley”.³¹

³⁰ **MOORE, CHRISTOPHER**, El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Ediciones Granica, Barcelona, 1995. pp. 43-86

³¹ **ANTONIN MARTIN Montserrat**, La Mediación Intercultural en el Ámbito de la Salud, servei publicacions Bellaterra , año 2013, pág. 178

La mediación es un procedimiento legal, viable para la resolución de los desacuerdos que se susciten entre las personas, que se caracteriza por la intervención de un tercero neutral e imparcial más conocido como mediador, que es el facilitador para que los involucrados solucionen el problema de manera satisfactoria para ambas.

“La comparecencia obligatoria, una sesión inicial de mediación puede resultar apropiada, solo cuando el mandato tenga mayores posibilidades de servir a los intereses de las partes, incluyendo a las no representadas por un asesor legal del sistema judicial y del público.”³²

En pocas palabras podemos entender que la Mediación prejudicial obligatoria tiene como objetivo principal precautelar los intereses de ambas partes procesales, que las personas involucradas en el conflicto o controversia puedan acceder a la mediación, con autonomía y equidad encuentren y resuelvan sus conflictos.

“La solución extrajudicial, que tenga la posibilidad de dar a las partes un acuerdo también coactivamente, sin hacer necesariamente recurso al juez, puede contribuir al mantenimiento de las relaciones comerciales entre las partes y otorga, además en caso de éxito positivo del tentativo de conciliación ,una gran estabilidad de las controversias, con evidentes beneficios incluso e orden económico.”³³

³² Highton y Alvarez, Mediacion Para Resolver Conflictos
www.academia.edu/11210109/Mediacion_Para_Resolver_Conflictos.

³³ <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/3404>

El acuerdo que se realice en la fase extrajudicial, sin la necesidad de la intervención de un juez, ayuda a contribuir con las relaciones entre las partes, ya que la solución que se lleve a cabo aquí la cual es con autonomía de las partes será en beneficio de ambos.

“¿Qué significa esta obligatoriedad? en primer lugar el imprescindible, paso por una de mediación, a la que pueden asistir las partes e incluso, si lo desean, manifestar que no desean participar en un proceso de esa naturaleza. En rigor, la llamada obligatoriedad solo está referida a la necesidad de acreditar haber intentado una instancia de mediación, bajo los requisitos formales previstos en la ley y su decreto reglamentario, si se desea iniciar un proceso judicial incluido en el ámbito de la ley.”³⁴

El paso obligatorio por la mediación, a la que las partes deben asistir, y si desean, pueden manifestar que no desean participar en este proceso de mediación, la cual acreditará que la parte actora o demandada tuvo la buena fe o necesidad de poder solucionar de manera pacífica el conflicto o controversia, la cual está contemplada en la Constitución y demás cuerpos legales.

4.2.10. Qué casos se tratan en la mediación

Existen diversos conflictos que son posibles tratar y solucionar mediante la mediación. Algunos ejemplos: conflictos de pareja, intrafamiliares, entre vecinos, comunitarios, arriendos, linderos, comerciales, laborales, contratos,

³⁴ **CARAM** Eilbaum, & Risolía, www.libreriaticivica.com.ar/libro, año 2014

acuerdos escritos o verbales, ambientales, algunos casos penales y demás siempre que sean materia transigible.

*La comunicación es un elemento esencial en la resolución de conflictos, de hecho, podríamos definir el proceso de mediación como el consistente en dotar a las partes en conflicto de unos recursos comunicativos de calidad para que puedan solucionar el conflicto que se traigan entre manos. A lo largo de todo el proceso, las partes hablan de reproches, posturas, opiniones, deseos, necesidades, sentimientos, y los mediadores deben ayudarles a que se expresen de forma constructiva y a que se escuchen, de tal manera que la comunicación que establezcan pueda ayudarles a resolver el conflicto.*³⁵

En la raíz de gran parte de los conflictos podemos encontrar una mala comunicación. Cuando una persona malinterpreta lo que la otra ha querido decir y reacciona defendiéndose ante lo que considera una ofensa, aumenta la tensión del conflicto y nos encontramos más lejos de solucionarlo. Por el contrario, cuando las dos personas en conflicto pueden establecer una comunicación eficaz y clara, es decir ambas se hacen entender y se entienden mutuamente, pueden descubrir que realmente no existía un problema o que era pequeño y de fácil solución. Incluso en el caso de que el problema fuera importante, una comunicación de calidad puede ayudar a las partes a que trabajen juntas para encontrar soluciones que satisfagan a ambos. Por lo tanto, tal y como nos lo aporta Suares (1996), la comunicación es un elemento importante en los conflictos, porque:

³⁵ SUARES, M. (1996). Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós.

a) Una comunicación de calidad es una herramienta necesaria para llegar a la base de los conflictos y encontrar soluciones satisfactorias para las partes.

b) Una mala comunicación puede ser en sí misma la causa de los conflictos.

El gran aporte de la mediación al conflicto es la sustitución de la concepción tradicional de «ganar-perder» en las disputas, por «ganar-ganar», pues este cambio de concepción no sólo afecta a los resultados, sino también al proceso mismo, ya que modifica la actitud de las partes. Lo interesante de este proceso es que descubre la importancia de los intereses en las disputas, y con un buen análisis en cada una de las partes, se puede llegar a elaborar una solución que satisfaga a ambas. La percepción social del conflicto y el objetivo de resolverlo ha estado en la base de la conceptualización de la mediación moderna. El conflicto es vivido como la manifestación de un problema que necesita una satisfacción, pues el problema existe debido a una real o aparente incompatibilidad de necesidades e intereses que hace que la satisfacción de necesidades aparezca imposible para una o más de las partes implicadas y, por ello, la resolución del conflicto pasa por encontrar soluciones que satisfagan las necesidades de todos los implicados.³⁶

Con frecuencia, los mediadores colocan en el centro de la ética de su intervención el principio de imparcialidad, aquí puede ser cierto el aforismo

³⁶ **RIPOL-MILLET A.** Separación i divorcio: La mediación familiar. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia. Centre d'Estudis Jurídics Formació Especializada, año 1997.

«dime de qué alardeas y te diré de qué careces», ya que la tendencia a asumir en mediación una metodología de solución de problemas deriva de la ideología social individualizada propia de la cultura occidental de los países desarrollados, que se basa en una concepción del mundo social compuesta por seres individuales radicalmente separados, de igual valor pero con deseos diferentes y cuya naturaleza se basa en la satisfacción de tales deseos, con frecuencia convertidos en derecho. En este contexto ideológico el modelo preferido por los profesionales para la resolución de conflictos es el que intenta la colaboración de las partes, pues la mediación, según este postulado, debe centrarse en ayudar a la resolución de conflictos.

4.2.11. Cualidades del Mediador

Para ser mediador debe contar con ciertas cualidades y poder cumplir con sus funciones a cabalidad sin apartarse del derecho y lograr que las personas busquen soluciones pacíficas, el tratadista Eduardo Ferrero Costa señala las siguientes:

“La capacidad de apreciar la dinámica del ambiente en el cual la disputa está ocurriendo.

- La inteligencia del Mediador.

-La capacidad de escuchar con objetividad.

-La capacidad de articular los argumentos de las partes con paciencia.

- El no pronunciarse con una opinión definitiva que implique un juicio de valor en favor de una de las partes.

-La flexibilidad.

- Ser neutral en todo el procedimiento de la mediación, en especial, en relación a los resultados de la mediación que debe conducir a solucionar el conflicto.

-Ser persuasivo e imponer su poder de mediador.

- Ser imaginativo, presentando nuevas alternativas cuando fuere necesario. La experiencia personal y gran reputación.

-No ser defensivo.

-Ser objetivo³⁷

Entre estas diversas cualidades es necesario destacar que el mediador siempre debe ser neutral antes, durante y después del proceso si el mediador es neutral brinda confianza a las partes para que puedan llegar a un acuerdo y solucionar sus problemas.

4.2.12. Tendencia moderna

Juristas latinoamericanos quienes se han dedicado a profundidad al estudio teórico y doctrinario sobre la mediación especialmente de Argentina, luego de haber llevado a cabo varios estudios y análisis realizados acerca de la mediación prejudicial obligatoria, llegaron a la determinación que es el mejor camino, eficiente y sobre todo legal, para descongestionar los juzgados, ya que antes de que exista esta tendencia en este país los juzgados llegaron a niveles

³⁷**FERRERO** Costa Eduardo, la mediación: teoría y práctica, publicada en Perú, año 1987, pág.55

muy altos ocasionando caos social representando gastos muy significativos para el Estado.

La mediación prejudicial obligatoria tiene como objetivo principal destrozarse con los esquemas mentales antiguos, en la forma de resolver los conflictos una, manera adversaria, en pocas palabras, que las partes no buscan soluciones pacíficas, tampoco prejudiciales, piensan que lo mejor es activar el sistema judicial, exista un perdedor y ganador, ocasionar desde un punto de vista general caos, incertidumbre y retos innecesarios, que en fin no cumple el mandato Constitucional de una paz social.

Pero al contrario pasa con la mediación prejudicial, donde los conflictos se resuelven con autonomía propia de las partes, las cuales son quienes proponen los acuerdos o soluciones y nunca existen perdedores ni vencidos, ni existen acuerdos forzados o manipulados, porque las decisiones para solucionar las divergencias, provienen de las partes inversas en el conflicto.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Art. 1, establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”³⁸

³⁸ BARREIRO Barreriro Clara, Derechos Humanos, Salva Editores, S.A, Barcelona España, año 1981, pág. 34

La Declaración Universal de Derechos humanos, protege a las personas y garantiza igualdad de condiciones y derechos y busca medios alternativos para garantizar la paz social, y como las personas deben comportarse fraternamente los unos con los otros

El presente artículo promueve la paz en la sociedad, y garantiza igualdad donde las desigualdades individuales y colectivas se solucionen mediante el diálogo y acuerdos, con el fin de promover la amistad y fraternidad, donde los diversos criterios y opiniones no conlleven a una enemistad o riñas sociales, si no llegar a un acuerdo para superar las diversas divergencias.

4.3.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

El Art. 32, núm. 2, dice: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común", en una sociedad democrática los derechos humanos constituyen uno de los pilares fundamentales del discurso de la cultura de paz, cuyo respeto es la máxima garantía de que los valores mínimos que la humanidad decida compartir, se traduzcan en normas de comportamiento e instrumentos jurídicos de protección para las personas y los pueblos.³⁹

³⁹ BARREIRO BARRERIRO Clara, Ob. Cit. pág. 42

Los derechos son fundamentales para garantizar la paz social, el fin de la mediación extrajudicial garantiza mantener la paz en las personas para llegar a un acuerdo, por ende diversos países consideran necesario aplicar la mediación como uno de los medios alternativos para solucionar conflictos en materia transigible, la mediación debe ser considerada como primera opción y contar con un campo de posibilidades de arreglos amistosos, económicos, rápidos, eficaces, para proteger la paz social,

La mediación antepone la práctica de valores éticos y morales, a las posiciones antagónicas de la sociedad, a las diversas controversias que obstaculizan la generación de condiciones flexibles donde se pueda concretar acuerdos. La mediación juega un rol valioso y a su vez contribuye a fortalecer la paz y el bien común de forma colectiva o individual, llegando a acuerdos los mismos que deben ser cumplidos por las dos partes que intervienen.

El mediador con ente principal y siendo la batuta para guiar a las partes está en la obligación de actuar de forma equilibrada dándoles confianza, para llegar a un acuerdo. El conflicto es inevitable en la sociedad, familiar, vecinal, institucional, por lo que forma parte de la vida del ser humano respondiendo a circunstancias que no pueden resolver las personas, de ahí la necesidad que ha tenido el Estado de implementar la mediación como medio alternativo a la solución de conflictos, y a su vez se encuentra garantizando en Constitución de diversas legislaciones. La mediación busca conceder un espacio de diálogo directo y participativo entre las personas que tienen un inconveniente, la idea

de la mediación es que puedan conversar sobre el conflicto y las secuelas que se han derivado de él, los interesados concurren a sesiones, acompañados por un mediador que facilita el diálogo entre las partes donde todos buscan vías de solución del conflicto.

4.3.3. Fundamento constitucional de la mediación

La presente investigación jurídica está sustentada y respaldada legislativamente en las garantías que están establecidas en la Constitución de la república del Ecuador, la misma que reconoce y garantiza los medios alternativos de solución de conflictos, como son la mediación y arbitraje, la aplicación y procedimiento para llevar a cabo estos medios alternativos de solución de conflictos se encuentra regulado por la ley de Arbitraje y mediación. Como manifiesta la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley”.⁴⁰

Ecuador como un Estado Constitucional de derechos, reconoce como un mecanismo de solución de conflictos a la mediación, en los casos que permita la ley, con el objetivo de obtener agilidad en los procesos que se lleguen a suscitar, además que todas sus organizaciones pueden desarrollar y acogerse a esta forma alternativa.

⁴⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Ob. Cit. Art 97

En la Constitución de la República del Ecuador se garantiza y reconoce a la mediación como medio alternativo de solución de conflicto, los cuales se aplicarán con sujeción a la Ley. Entendiendo a la mediación como la herramienta prejudicial de resolución de conflicto en el cual las partes enfrentadas, recurren a un tercero llamado mediador, este tiene la finalidad de llegar a una conciliación el uno con el otro y no contra el otro, con el objetivo de buscar una vía pacífica y equitativa para afrontar los conflictos, en un entorno de acuerdo, aceptación, aprendizaje y respeto mutuo, obteniendo un acuerdo y/o resolución del problema.

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.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.⁴¹

Reconoce otros medios de solución de conflictos como es el arbitraje y la mediación, los cuales serán aplicados con sujeción a la ley en todas las materias que sea transigible, y así cumplir con el mandato constitucional de una paz social.

⁴¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Ob. Cit. . Art. 190

En el Ecuador la ley de arbitraje y mediación, manifiesta que el procedimiento con el que se llevará a cabo la mediación será ágil, rápido y sencillo, en el cual toda persona sea esta natural o jurídica puede someterse a este medio, así resolviendo sus conflictos y controversias de manera pacífica, conllevando a que ambas partes inmersas ahorren recursos económicos ya que la mediación es un procedimiento de inmediata aplicación, y reducir el tiempo de los conflictos judiciales.

La mediación como estrategia de resolución de conflictos la podemos situar entre el compromiso y la colaboración. La finalidad consiste en pasar de estilos más individualistas a modos más evolucionados de resolución de conflictos, como son los de colaboración y compromiso. En los conflictos cotidianos nos situamos ante diversos estilos de afrontamiento: evitamos, nos acomodamos, competimos, etc. No parece razonable el que nos culpabilicemos por ello, ya que manejarse dentro de un estilo de colaboración exige unas condiciones de tiempo y de contexto que no siempre se producen. *“También puede suceder que, para crear un contexto real de colaboración, sea necesario pasar por momentos previos en los que nos manejemos en estilos como el de evitación o acomodación, ya que pueden ser necesarios para generar un nivel de confianza entre las partes, imprescindible para llegar a la colaboración”.*⁴²

4.3.4. Fundamento legal de la mediación

4.3.4.1. Ley de Mediación y Arbitraje

⁴²ARMAS HERNANDEZ Manuel, Ob. Cit. pág. 128

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

Este procedimiento por ser de carácter extra-judicial, se lo llevará a cabo en materia transigible en el cual se precautela un acuerdo con autonomía de las partes, estas asistidas por un tercero neutral. La mediación un medio rápido y eficaz, es el medio para resolver conflictos de interés personal y en ciertas ramas del derecho, esta dirigido por un tercero llamado mediador que intervine con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes.

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizado. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir. 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. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.⁴⁴.

La mediación se deberá solicitar en los Centros de Mediación o mediadores debidamente autorizados, toda persona natural o jurídica, públicas o privadas, podrá someterse sin restricción alguna al procedimiento de esta ley,

⁴³ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Codificación 14, Registro Oficial 417 de 14-dic-2006, Ultima modificación: 09-mar-2009, Estado: Vigente. Art.43

⁴⁴ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Ob. Cit. Art. 44

las cuales deberán ser legalmente capaces para transigir. El Estado y sus instituciones del sector público podrán someterse a mediación y serán representadas por el personero facultado para contratar a nombre de la institución de la respectiva institución.

El mediador debe ser un tercero imparcial, profesional del derecho especializado en la materia, calificado por el Consejo de la Judicatura, el cual ayuda a buscar posibles alternativas al problema, es decir, se encarga de gestionar la comunicación entre las partes. Entre sus objetivos principales es generar un ambiente amigable, la o él mediador no puede plantear alternativas, debe valerse de su conocimiento para que las partes en conflictos empiecen a formular alternativas, debe recalcar que los implicados en el conflicto tomen conciencia de su papel que el acuerdo lo deben asumir con responsabilidad llegando a solucionar el conflicto de manera pacífica.

*Art. 45.- La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.*⁴⁵

La solicitud que será por escrito contendrá algunos requisitos como es la designación de las partes procesales, dirección domiciliaria y telefónica si fuese posible, y una explicación de todas las características o naturaleza del conflicto.

⁴⁵ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Ob. Cit. Art. 45

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.⁴⁶

La culminación del procedimiento de mediación será con la firma del acta en el que deberá constar el acuerdo total, parcial o la imposibilidad de un acuerdo o solución del conflicto, y en caso de alguna solución el acta deberá contener una explicación breve de los hechos del conflicto, descripción de todas las obligaciones que se acordaron para cada una de las partes, ambas partes sellaran el acuerdo con la firma y huellas digitales además de la firma del mediador, la cual se entenderá que el documento y las firmas son auténticas, el acta tiene efecto de sentencia y cosa juzgada.

Art. 55.- La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.⁴⁷

⁴⁶ LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION, Ob. Cit. Art. 47

⁴⁷ LEY DE MEDIACIÓN OBLIGATORIA, Ley 26.589, Promulgada: Mayo 3 de 2010. Art. 1

La mediación y conciliación extrajudiciales se las entenderá como sinónimos, para los efectos de esta Ley.

Dentro de la presente norma se entiende que la mediación no es un oficio misterioso, como el mito primitivo lo tendría, se la puede estudiar, enseñar y especializarlo, se define como un proceso de gestión de conflicto, relacionado pero distinto de las propias negociaciones de las partes, donde aquellos en conflicto buscan un tercero imparcial, para resolver un conflicto en el cual las percepciones o comportamiento, son contrarias del actor con el demandado, sin necesidad de reclamar por medio de la justicia ordinaria.

Pocas veces se recurre a la mediación para reducir el nivel de hostilidad, por mutua comprensión, ya que la legislación ecuatoriana no garantiza la obligatoriedad como requisito prejudicial, dentro de la materia de civil, que para muchos no dan los resultados esperados, esto por el desconocimiento de las ventajas de mediación obligatoria como en otros países se establece.

4.3.4.2. Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 17.- Principio de servicio a la comunidad. - La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades. [...]⁴⁸

Los administradores de justicia están en la obligación de velar y dar las mejores facilidades para solucionar diversos conflictos judiciales y extrajudiciales, los mismos que coadyuven a respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, tratados y convenios internacionales, el arbitraje y la mediación son medios alternativos a solucionar conflictos que se han derivado en ciertas personas, tiene como fin llegar que las partes llegue a un acuerdo y no se cree enemistades entre las mismas, el Consejo de la Judicatura pondrá una persona quien actuara como mediador entre las partes, hará constar el acuerdo al que llegaron las partes.

Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

Art. 11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, [...]. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de

⁴⁸ CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009 Vigente, Art.17

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, [...].⁴⁹

Este artículo clara mente expresa que la mediación puede ser judicial o extrajudicial, la misma que puede y debe ser aplicada en materia transigible, a excepción de las que la ley lo prohíbe, las partes procesales pueden llegar a un acuerdo en cualquier momento, por lo que deberá ser tramitado en las oficinas de mediación del Consejo de la Judicatura y poder darle solución y fin a dicho conflicto entre las partes.

4.4. LEY DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

4.4.1. Legislación Argentina

En Argentina existe un cuerpo legal en el que regula como se llevará el procedimiento de mediación, la **Ley de Mediación Obligatoria en Argentina-Ley 26589**, El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de Ley y establecen con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.

Artículo 1º — Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la

⁴⁹ CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Ob. Cit. Art. 130

presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

En la legislación argentina, la mediación es una parte indispensable y obligatoria para solucionar conflictos antes de llegar a un proceso judicial, promoviendo una comunicación directa entre las partes afectadas con el fin de llegar a un acuerdo de una forma rápida y eficaz.

La Legislación Argentina considera a la mediación como una alternativa de solución de conflictos de forma extrajudicial, por lo que consideran que la misma debe ser aplicada de forma obligatoria.

Artículo 2º — Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.⁵⁰

Previo a activar el proceso judicial será requisito para la admisión de la demanda adjuntar el acta expedida y firmada por el mediador designado, en el acta de mediación deberán constar:

- Identificación de los involucrados en la controversia;
- Existencia o inexistencia de acuerdo;

⁵⁰ LEY DE MEDIACIÓN OBLIGATORIA, Ob. Cit. Art. 2

- Comparecencia o incomparecencia del requerido o terceros citados notificados en forma fehaciente o imposibilidad de notificarlos en el domicilio denunciado;
- Objeto de la controversia;
- Domicilios de las partes, en los cuales se realizaron las notificaciones de las audiencias de mediación;
- Firma de las partes, los letrados de cada parte y el mediador interviniente;
- Certificación por parte del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de la firma del mediador interviniente en los términos que establezca la reglamentación de la presente ley.

Artículo 7º — Principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios:

- a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;*
- b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;*
- c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;*
- d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;*

e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;

f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;

g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;

h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.⁵¹

Para llevar a cabo la mediación debe garantizar los principios constitucionales, haber imparcialidad del mediador, acuerdo entre las partes, celeridad, conformidad, con el fin de garantizar igual a las partes y equidad en el que las dos partes salgan ganando.

La mediación obligatoria en Argentina se planteó ya que existía demasiada carga procesal en los juzgados, ocasionando disgustos para todo los que acudían a ella, los procesos demoraban mucho, más del tiempo estipulado, se realizó una investigación para la implementación de este medio.

⁵¹ LEY DE MEDIACIÓN OBLIGATORIA, Ob. Cit. Art. 7

4.4.2. Legislación chilena

La legislación chilena considera necesario que antes de que un proceso se interponga en un proceso judicial, deben pasar por el centro de mediación de solución de conflictos entre las partes procesales.

Artículo 106.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.⁵²

La mediación en el caso de alimentos, divorcio, o separación judicial, es de carácter obligatorio, previo a la interposición de la demanda, la finalidad de la mediación es llegar a un acuerdo entre las partes de forma justa, garantizando los derechos establecidos en la constitución chilena. La mediación es un medio alternativo a la solución de conflictos considerada como una opción de solución más rápida y efectiva que concurrir a un juzgado, muchas veces los problemas que fatigan a la comunidad no son conflictos de relevancia jurídica y por qué no cuentan con un asidero legal que las respalde y les garantice un acuerdo justo para las dos partes y sobre todo es económico y rápido.

⁵² LEY DE MEDIACIÓN, estado vigente año 2010, Art. 106

Los legisladores de diversos países consideran necesario, aplicar la mediación como un medio obligatorio antes de empezar un proceso judicial y que las partes lleguen a un acuerdo y puedan solucionar de forma pacífica dichas controversias entre las partes, nuestra legislación a pesar de proporcionar la mediación como medio alternativo a la solución de conflictos, no considera necesario que deba ser una forma obligatoria para empezar un proceso judicial y llegar un acuerdo que convenga a las dos partes.

5. MATERIALES Y METODOS

Para la realización de la presente investigación jurídica, referente a **La mediación prejudicial, voluntaria y obligatoria como tendencia moderna del derecho en la solución de conflictos**, utilicé algunos materiales, métodos y técnicas, que me facilitaron poder reunir la suficiente información acerca de mi tema de investigación jurídica, un mejor entendimiento para comprobar la problemática planteada.

5.1. Materiales

Desde que inicié mi investigación jurídica averigüé en diversas obras jurídicas, de igual manera indagué en algunas páginas web, y así pude recabar información para poder realizar la investigación, diferentes puntos de vista de algunos autores me ayudaron a afirme mi sustentación.

5.2. Métodos

En la presente investigación jurídica aplicaremos los métodos:

5.2.1. Método Inductivo. - este método servirá para determinar a la mediación manejada en el Ecuador con las legislaciones argentinas, chilena y estadounidense.

5.2.2. Método Deductivo. - nos ayudará a partir de la generalidad de las legislaciones argentina y estadounidense para verificar la obligatoriedad de la mediación como requerimiento prejudicial.

5.2.3. Método de Análisis. - me permitirá descomponer analizar la mediación como requisito para la demandar y la importancia de implementar en el Código Orgánico General de Procesos.

5.2.4. Método de Síntesis. - nos permitirá agrupar todos los elementos que se toman en cuenta para tener a la mediación como requerimiento prejudicial.

5.3. Técnicas

1. Técnica bibliográfica
2. Técnica de la encuesta
3. Técnica de la entrevista
4. Técnica de estudio de casos

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de las encuestas

Primera pregunta

¿Considera Ud. Que la mediación permite celeridad, economía procesal y reviste de legalidad en la solución de conflictos; y, qué debería ser obligatoria antes de iniciar los procesos?

Si ()

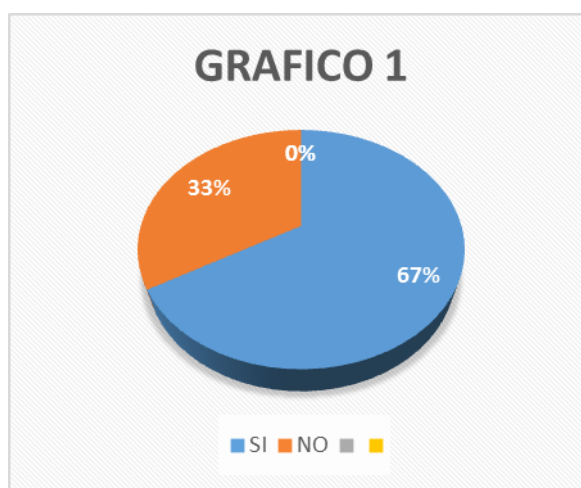
No ()

Cuadro N° 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Autor: Andrés Jiménez



Interpretación

En la encuesta realizada a profesionales de Derecho el 67 % de los encuestados que equivale a 20 expertos en la materia, manifestó que está de acuerdo en que la mediación se la debería implementar de manera obligatoria antes de iniciar los procesos ya que permite celeridad, economía procesal y reviste de legalidad en la solución de conflictos, que se es indispensable contar previamente con el diálogo entre las partes y así poder ahorrar recursos al sistema judicial, mientras que el 33 % que equivale a 10 expertos de la materia, manifestó que no está de acuerdo, ya que para recurrir a mediación tienen que esperar demasiado tiempo para que se les otorgue turno, contradiciendo al principio de celeridad y que en algunos casos no es gratuita.

Análisis

Al realizar un análisis de los resultados que nos supieron compartir los profesionales del derecho podemos determinar, que el mayor porcentaje de ellos están de acuerdo en que al implementarse la Medición de manera obligatoria antes de iniciar los procesos, cumpliendo los principios de celeridad, economía procesal y reviste de legalidad en la solución de conflictos, así mismo manifestaron que el mediador debe ser probo y conocedor de la materia respecto del asunto planteado y que dicha mediación sea gratuita.

Al aplicar la mediación como fuente extrajudicial se estaría garantizando la paz social, la mediación goza de legalidad por que se

encuentra amparada en la Constitución teniendo como fin dar resolución a los conflictos de diversas índoles.

La mediación es rápida por lo que se estaría cumpliendo con los principios constitucionales de inmediación, celeridad, economía procesal ayudando a las personas que tienen inconvenientes a solucionarlos de forma transparente y segura sin vulnerar los derechos y principios constitucionales buscando la paz social pero que a su vez el mediador asignado por el consejo de la judicatura sea personas capacitadas y que coadyuven a llegar a un acuerdo entre las partes.

Segunda pregunta

En base a su experiencia profesional, ¿Considera usted que la mediación no es eficiente para solucionar conflictos y es la razón por la que las partes prefieren ir directamente por la vía judicial?

Cuadro N° 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100

Fuente: Profesionales del Derecho

Autor: Andrés Jiménez



Interpretación

En la encuesta realizada el cien por ciento me manifestó que no se puede acudir a la mediación por falta de información hacia el público, falta de personal en la función judicial, falta de cultura de paz por parte de las partes y del abogado, y que las partes no acuden ya que la mediación es voluntaria y se debería implementar normativa de carácter obligatoria.

Análisis

La falta de información por parte de la función judicial sobre la mediación no permite que todas las personas no conozcan del beneficio de acudir a resolver los conflictos de manera pacífica, además la falta de cultura de paz que se tienen hasta de los abogados, que no son éticos y lo único que buscan es el beneficio propio, por otra parte, el poco personal con el que cuenta la función judicial no abastece las necesidades de los pocos procesos que se han llevado a través de la mediación. La falta de acuerdo entre las partes o en

ocasiones el mismo mediador no puede ayudar que las partes lleguen a un acuerdo para solución los diversos conflictos, esto se da también porque los mediadores no tienen bases ni se los capacita para que puedan ayudar a solucionar y ponerle fin a dichos problemas.

Tercera pregunta

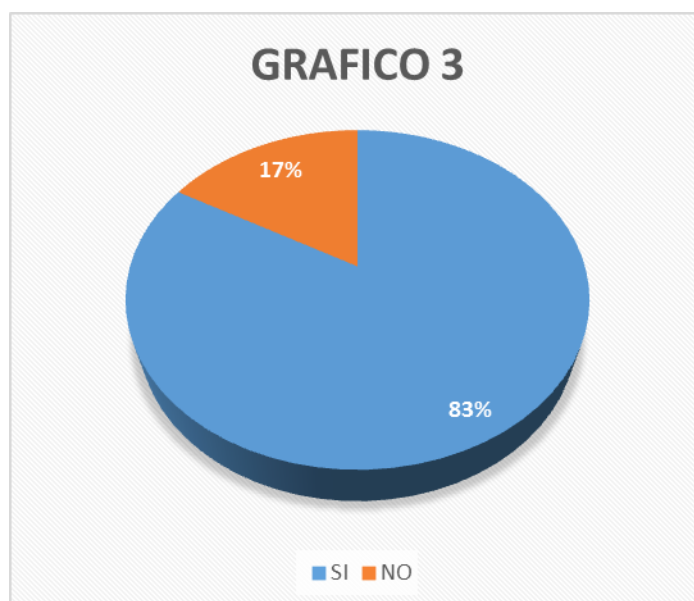
¿Considera Ud. ¿Qué, si al establecer de manera obligatoria la mediación descongestionaría los trámites de la Función Judicial, permitiendo economía procesal y celeridad en los trámites?

Cuadro N° 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Autor: Andrés Jiménez



Interpretación

En la encuesta aplicada observamos que el 83 % que equivale a 25 expertos de la materia, manifestaron que están de acuerdo en mi propuesta, mientras que el 17 % equivalente a 5 expertos de la materia, expresaron que se correría riesgo ya que no existen los medios, el personal, ni infraestructura que la mediación.

Análisis

Realizando un análisis sobre los resultados que nos impartieron los profesionales del derecho, dan como resultado que la mayor parte está a favor de que la mediación ayuda en la economía procesal y celeridad de trámites, otros aspectos que nos supieron manifestar son eficiencia, eficacia, transparencia e inmediación, mientras que una parte de los encuestados optaron por el aspecto negativo de mi pregunta, ya que me manifiestan que no existen suficientes funcionarios y así les toca esperar demasiado tiempo.

Cuarta pregunta

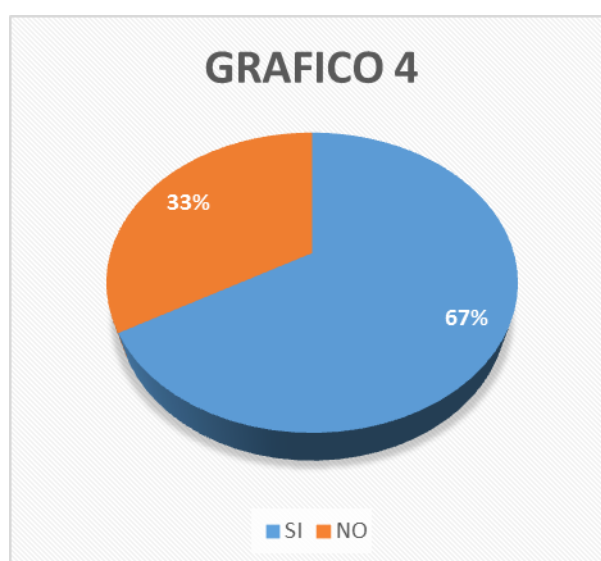
¿Considera Ud. ¿Qué se debería establecer reformas al Código Orgánico General de Procesos, para que exista la mediación de manera obligatoria antes de iniciar los procesos y no involucre renuncia de derechos?

Cuadro N° 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Autor: Andrés Jiménez



Interpretación

En la encuesta aplicada observamos que el 67 % que equivale a 20 expertos de la materia, manifestaron que están de acuerdo en que se debería reformar el Código Orgánico General de Procesos e implementarse la mediación de manera obligatoria antes de iniciarse los procesos, por otra parte el 33 % manifestaron que no están de acuerdo en que se realiza dicha reforma.

Análisis

La mayoría de los abogados manifestaron que están de acuerdo que se reforme el Código Orgánico General de Procesos y se incorpore en requisitos de la demanda un numeral de que previamente se recurrió a mediación para poder activar el sistema judicial, sea el caso que no se pudo llegar a una solución, de otra manera pondría el fin al conflicto y el acuerdo ahí suscrito entre las partes tendría efecto de sentencia y de cosa juzgada, ayudando al sistema judicial a la no aglomeración de procesos y retardo.

Quinta pregunta

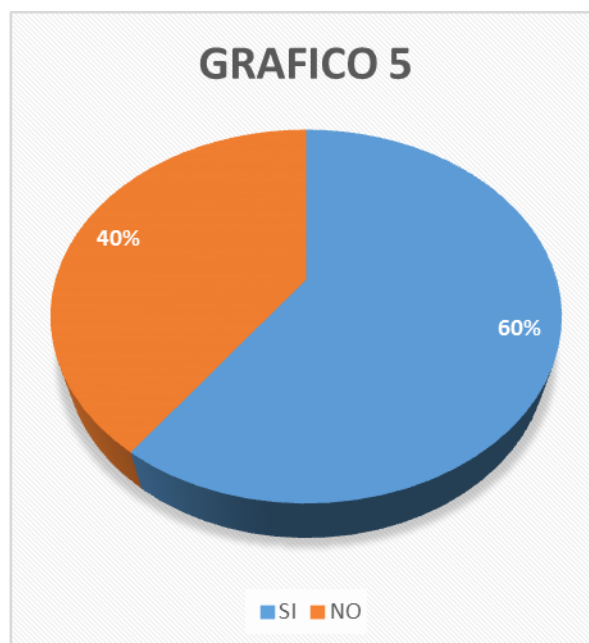
Para dar cumplimiento con la Tendencia Moderna del Derecho, de lograr la Paz Social, ¿Considera Ud. ¿Qué se debería implementar a la mediación como obligatoria, generalmente para reclamar derechos patrimoniales?

Cuadro N° 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Autor: Andrés Jiménez



Interpretación

Realizada mi encuesta nos percatamos que el 60 % que equivale a 18 personas, están de acuerdo en mi propuesta, la mediación ayuda a llegar a una solución pacífica y autónoma ya que son las partes quienes llegan a dicho acuerdo, cumpliendo así el mandato constitucional de una paz social, mientras que el 40 %, que equivale a 12 de los encuestados manifestaron que no están de acuerdo con mi propuesta, el motivo que las partes como no están obligadas no acuden, además que el tiempo que imponen para llevar a cabo es demasiado.

Análisis

La falta de cultura y socialización acerca de la mediación impide que los abogados acudan a ella, además el miedo de recurrir a esto por parte de las

partes, manifestaron que como es algo nuevo y poco conocido no será favorable para ellos, prefieren entrar en conflicto, por parte igual de algunos abogados prefieren activar el sistema judicial. La mediación no solo es un medio alternativo a la solución de conflictos este goza de legalidad y tiene como fin equilibrar los problemas que existen y son tediosos para aquellos que no pueden solucionarlo, se procede mediante la asistencia de un mediador en que las partes tienen contacto directo para llegar a un acuerdo que les beneficie a las dos partes.

6.2. Informe de entrevistas

En las encuestas realizadas a profesionales de derecho, obtuvimos los siguientes resultados

Pregunta Nro. 1

¿Considera necesario que se debe agotar primero la mediación antes de iniciar un proceso judicial?

Respuestas:

Primer entrevistado: manifiesta que, en ciertos procesos, si se debería tomar como primera medida la mediación, es decir en aquellos procesos de materia transigible, con el fin que las partes lleguen a un acuerdo y no entren en litigio, considera que la mediación debe ser efectiva donde las partes llegan a ganar.

Segundo entrevistado: para su criterio considera que la mediación tiene efectos de cosa juzgada, por ende, si debería primero agotarse la mediación de forma obligatoria antes que las partes empiecen un proceso judicial.

Tercer entrevistado: considera que al ser la mediación uno de los medios alternativos a la solución de conflictos, se lo debería agotar primero antes de ir por la vía, judicial, si se agota primero la mediación se evitaría entrar en litigio resolviendo de forma pacífica con el fin de llegar a un dialogo pacifico en beneficio de las partes interesadas.

Análisis

Las personas entrevistadas me dieron un criterio favorable, considerando que la mediación al aplicarse de forma obligatoria en materia transigible beneficiaria a las partes llegando a un acuerdo mediante un espacio de dialogo participativo y directo entre las partes, así mismo al aplicar la mediación se garantizaría principios constitucionales como es la paz social

Pregunta Nro. 2

¿Considera necesario que se incorpore la mediación de forma obligatoria en procesos de materia transigible?

Respuestas:

Primer entrevistado: Al encontrarse la mediación como un medio obligatorio en materias transigibles, en caso de divorcio, alimentos, laboral, civil, penal

(contravenciones), ayudaría que las partes dialoguen y lleguen a un acuerdo para beneficio de sus intereses sin afectar los derechos de las partes.

Segundo entrevistado: si la mediación es de forma obligatoria antes de que las partes entren en litigio, el mediador está en la obligación de ver que las partes cumplan con lo acordado, de esa forma se daría cumplimiento al fin que tiene la mediación, y evitaría gastos económicos y tiempo a las partes procesales.

Tercer entrevistado: si se aplica la mediación en materia transigible las partes se ahorrarían tiempo y dinero, siempre y cuando se cumpla con lo acordado, pero el que la mediación sea obligatoria no quiere decir que la persona no va a poder demandar si una de las partes no cumple con lo acordado, sería un medio de prueba que pese haber pasado por la mediación obligatoria una de las partes no ha cumplido.

Análisis

Consideran que al establecerse la mediación de forma obligatoria en materias transigibles, antes de iniciar un proceso judicial, no permitiría la aglomeración de procesos en las unidades judiciales, proceso en que las partes pueden llegar a un acuerdo si irse por la vía judicial, la mediación es beneficiosa para las partes que intervienen acelerando los procesos y sobre todo cuenta con legalidad.

Pregunta Nro. 3

¿Considera que la mediación reviste de legalidad la solución de conflictos?

Respuestas:

Primer entrevistado: la mediación tiene el carácter de sentencia, permitiendo a las partes llegar a un acuerdo de forma pacífica, por lo que genera celeridad, economía procesal, y sobre todo existe legalidad, porque se encuentra dentro de los procesos alternativos a la solución de conflictos garantizado por diversas normas y sobre todo por la Constitución.

Segundo entrevistado: mediante la mediación las partes tienen contacto directo y por medio del diálogo llega a un acuerdo que les sea favorable, la mediación cuenta con el principio de legalidad ya que la misma debe ser estrictamente apegada a la Ley en materias que se pueda transigir.

Tercer entrevistado: la mediación al encontrarse establecido en la ley y la Constitución goza de legalidad para hacer efectivo su cumplimiento, garantizando la paz en la sociedad dando solución a conflictos que las personas no pueden llegar a un acuerdo, así mismo ahorraría recursos al sistema judicial y a quienes demanden justicia.

Análisis

De las personas encuestadas consideran que la mediación al encontrarse garantizada en la ley goza de legalidad para su cumplimiento, y por ende debería aplicarse la mediación obligatoria, esta alternativa de solución a conflictos de materia transigible ha sido adoptada por diversas legislaciones, con el fin que exista una celeridad procesal, economía procesal.

7. DISCUSIÓN

7.1 verificación de objetivos

Desarrollado el trabajo investigativo y efectuado la aplicación de encuestas, se puede proceder a establecer y determinar la verificación del objetivo general, como de los objetivos específicos, que fueron planteados y propuestos en el proyecto en el presente trabajo investigativo.

7.1.1 Objetivo General

Realizar un estudio teórico, normativo y comparado sobre la importancia de establecer normativa en la que se tipifique a la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda como requisito para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho.

El objetivo del presente trabajo de investigación se lo pudo comprobar con un análisis de carácter conceptual, normativo, doctrinario y derecho comparado, tomando principalmente aspectos teóricos para referirnos a la importancia de establecer la mediación como uno de los requisitos antes de entrar en un proceso legal, es decir que la mediación sea un requisito obligatorio en materias transigibles.

Para diversos los legisladores de diversos países, han considerado necesario implementar en su norma la mediación como un requisito obligatorio antes de iniciar un proceso judicial con la finalidad de prevalecer principios constitucionales como la celeridad, agilidad y economía procesal, y que las partes puedan llegar a un acuerdo mediante el dialogo y no entren en conflicto y sobre todo que se garantice la paz social.

Para el desarrollo del marco normativo, se ha realizado un enfoque desde el ámbito constitucional específicamente en su artículo 190, siguiendo la jerarquía normativa con cómo es la Ley de Mediación y Arbitraje y el Código Orgánico de la Función Judicial, me han permitido concretar la presente investigación en cuanto a la mediación como medio alternativo a la solución de conflictos y garantizarla paz social, así mismo a este objetivo se lo pudo verificar con la pregunta 4 donde se manifiesta que se incorpore a nuestra normativa la mediación como requisito principal antes de iniciar un proceso judicial.

7.1.2. Objetivos Específicos

1. Efectuar un estudio teórico y normativo sobre la importancia de establecer normativa en la que se tipifique a la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda.

El presente objetivo me he permitido hacer un análisis comparativo normativo y doctrinario de la mediación y la necesidad de implementar a

nuestro Código Orgánico General de Procesos la mediación como requisito obligatorio en materias transigibles, buscando la celeridad procesal y económica para las partes procesales, este objetivo se lo pudo comprobar a cabalidad y se ha verificado en el marco jurídico y de derecho comparado demostrando que existen legislaciones que han adoptado la mediación obligatoria en su norma.

2. Proponer a la mediación pacífica como requisito para iniciar una demanda.

El presente objetivo ha tenido fundamentación teórica del derecho comparado de países como Argentina Chile, y su aplicación de la mediación como requisito principal en materias transigibles, antes de entrar en litigio, de igual forma se lo pudo sostener sustentado en la aplicación de las encuestas y entrevistas a profesionales del derecho en el libre ejercicio y funcionarios del Consejo de la Judicatura de Loja, los mismo que me dieron un criterio favorable argumentando que si se debería implementar la mediación obligatoria antes de entrar en litigio en materias transigibles.

3. Proponer alternativas jurídicas y/o reformas al Código Orgánico General de Procesos.

Este objetivo se lo ha podido verificar en base al derecho comparado en se lo fundamentara en la propuesta jurídica y demostrando con los resultados obtenidos de los profesionales encuestados los mismos que argumentan que se deberá implementar la mediación obligatoria en materia transigible

7.2. Fundamentos jurídicos, doctrinarios que sustentan la propuesta de Reforma Legal.

Para mi trabajo de investigación cuyo problema fue el siguiente “La carencia normativa para la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda como requisito para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho, de solucionar los conflictos de manera pacífica, privilegia únicamente la litis en desmedro de una paz social consensuada y amigable, que reconoce la Constitución Política del Ecuador.” la fundamentación jurídica con el que trabaje este problema correspondió a:

7.2.1. Constitución de la República del Ecuador

Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.”

Este artículo se refiere a que por delegación de autoridad competente las organizaciones pueden actuar y desarrollar a través de las alternativas de

mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley, y que la responsabilidad será compartida con esta autoridad.

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

La Constitución ecuatoriana reconoce a la mediación como un procedimiento alternativo para dar solución a los conflictos que se susciten en la sociedad, tendrá su aplicación acorde a la ley y en materia transigible.

7.2.2. Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD. - Inciso 2.- El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

Los medios alternativos de solución se los implementó como un servicio adicional que prestará el servicio público, para dar celeridad, economía procesal, eficacia, eficiencia, en la solución de los conflictos que estarán sujetos a la ley.

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Numeral 11.- Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional.

Este artículo se refiere que una vez ya iniciado el proceso, el juez en la audiencia podrá de oficio derivar el proceso a una oficina judicial de mediación, si la mediación fuese prejudicial u obligatoria antes de iniciar el proceso, se ahorraría que el juez derive a una oficina judicial de mediación, ya que si al inicio se logra solucionar ya no tendríamos que recurrir al sistema judicial.

7.2.3. Ley de mediación y arbitraje

Art. 43.- 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.

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir. 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. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Como sabemos la mediación es un proceso alternativo, extrajudicial y de carácter confidencial, para la solución de conflictos, el cual será asistido por un tercero, conocido como mediador, quién será el guía para que las partes lleguen a un acuerdo voluntario y autónomo que será de beneficio para ambos y que pondrá fin al conflicto, a este procedimiento pueden someterse personas naturales, jurídicas y el Estado y sus instituciones públicas.

7.2.4. Derecho comparado

Legislación Argentina

Ley de Mediación Obligatoria en Argentina-Ley 26589,

ARTICULO 1º — Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

En la legislación argentina, la mediación es una parte indispensable y obligatoria para solucionar conflictos antes de llegar a un proceso judicial, promoviendo una comunicación directa entre las partes afectadas con el fin de llegar a un acuerdo de una forma rápida y eficaz.

La Legislación Argentina considera a la mediación como una alternativa de solución de conflictos de forma extrajudicial, por lo que consideran que la misma debe ser aplicada de forma obligatoria.

ARTICULO 2º — Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

Previo a activar el proceso judicial será requisito para la admisión de la demanda adjuntar el acta expedida y firmada por el mediador designado, en el acta de mediación deberán constar:

- Identificación de los involucrados en la controversia;
- Existencia o inexistencia de acuerdo;
- Comparecencia o incomparecencia del requerido o terceros citados notificados en forma fehaciente o imposibilidad de notificarlos en el domicilio denunciado;
- Objeto de la controversia;
- Domicilios de las partes, en los cuales se realizaron las notificaciones de las audiencias de mediación;
- Firma de las partes, los letrados de cada parte y el mediador interviniente;
- Certificación por parte del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de la firma del mediador interviniente en los términos que establezca la reglamentación de la presente ley.

Legislación chilena

La legislación chilena considera necesario que antes de que un proceso se interponga en un proceso judicial, deben pasar por el centro de mediación de solución de conflictos entre las partes procesales.

Artículo 106.- Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

La mediación en el caso de alimentos, divorcio, o separación judicial, es de carácter obligatorio, previo a la interposición de la demanda, la finalidad de la mediación es llegar a un acuerdo entre las partes de forma justa, garantizando los derechos establecidos en la constitución chilena.

La mediación es un medio alternativo a la solución de conflictos considerada como una opción de solución más rápida y efectiva que concurrir a un juzgado, muchas veces los problemas que fatigan a la comunidad no son conflictos de relevancia jurídica y por qué no cuentan con un asidero legal que las respalde y les garantice un acuerdo justo para las dos partes. Y sobre todo es económico y rápido.

Los legisladores de diversos países consideran necesario, aplicar la mediación como un medio obligatorio antes de empezar un proceso judicial y que las partes lleguen a un acuerdo y puedan solucionar de forma pacífica dichas controversias entre las partes, nuestra legislación a pesar de

proporcionar la mediación como medio alternativo a la solución de conflictos, no considera necesario que deba ser una forma obligatoria para empezar un proceso judicial y llegar un acuerdo que convenga a las dos partes.

7.3. Verificación de hipótesis

La instauración de la mediación como obligatoria dio una gran solución para la agilidad de los procesos, la solución pacífica y autónoma que se da es de beneficio para ambas partes, sin vulnerar los derechos, garantizando lealtad procesal, economía y celeridad, así cumpliendo con este medio, se lleva a cabo el mandato constitucional de una paz social.

La presente Hipótesis se logró comprobar en el desarrollo de trabajo de investigación desde el aspecto conceptual normativo, doctrinario y derecho comparado, en el cual se pudo fundamentar la mediación obligatoria antes de iniciar un proceso judicial, así también como la aplicación de encuestas y entrevistas a profesionales de derecho y funcionarios del Consejo de la Judicatura, la mayoría de los encuestados y entrevistados consideraron que se debería establecer la mediación obligatoria como requisito previo a presentar la demanda, siempre que sean en materia transigible,

A su vez consideran que la mediación al estar enunciada en la Constitución como medio alternativo a la solución de conflictos debería tener

un carácter de sentencia debería ser considerada como la primera opción para resolver problemas de cualquier índole, así mismo considera que para que la mediación tenga efecto es obligación de mediador de velar que se cumpla con lo acordado en las partes intervinientes, y así evitar conglomeraciones de procesos en la unidad judicial.

Adoptar las mismas medidas como lo hicieron los países de Argentina y Chile, los cuales instauraron en sus leyes la mediación obligatoria, por la aglomeración y retardo de los procesos.

La instauración de la mediación como obligatoria dio una gran solución para la agilidad de los procesos, la solución pacífica y autónoma que se da es de beneficio para ambas partes, sin vulnerar los derechos, garantizando lealtad procesal, economía y celeridad, así cumpliendo con este medio, se lleva a cabo el mandato constitucional de una paz social.

OPERATIVIZACIÓN DE VARIABLES

HIPÓTESIS: Para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho, al momento de solucionar los conflictos es importante establecer a la mediación como requisito prejudicial en el Código Orgánico General de Procesos pues no se cumple con el mandato constitucional de una paz social.

CONCEPTOS	CATEGORÍAS	VARIABLES	INDICADORES	ÍNDICES
<p>Mediación</p> <p>La mediación es un Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos, porque es extra-judicial que versa sobre materia transigible, por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador les ayuda a trabajar con el otro y no contra el otro. Procuran un acuerdo voluntario.</p>	<p>*Medio alternativo resolución de conflictos</p> <p>*extra-judicial</p> <p>*Materia transigible</p> <p>*Acuerdo voluntario</p>	<p>*Celeridad</p> <p>*Economía procesal</p> <p>*Legalidad</p> <p>*Voluntariedad</p> <p>*Descongestión del sistema judicial.</p> <p>*Que no involucre renuncia de derechos</p> <p>*Solución directa de la partes de su conflicto</p>	<p>*Agilidad de las causas</p> <p>*Evita dilación de los procesos</p> <p>*Acorde a la ley</p> <p>*Consentimiento</p> <p>*Evita aglomeración del sistema judicial</p> <p>*No atentatoria a los derechos</p> <p>*Falta de cultura de diálogo</p> <p>*No es obligatoria</p> <p>*Generalmente para reclamar derechos patrimoniales</p> <p>*No hay sentencia</p>	<p>*Rápida solución de conflictos</p> <p>*Cumplimiento de la norma</p> <p>*</p>

CONCEPTOS	CATEGORÍAS	VARIABLES	INDICADORES	ÍNDICES
<p>Tendencia moderna del derecho</p> <p>Romper con los esquemas mentales sobre la forma de resolver los conflictos de manera adversaria, para que los ciudadanos busquen soluciones pacíficas, y extrajudiciales.</p>	<p>*Esquemas mentales</p> <p>*Forma de resolver conflictos</p> <p>*Soluciones pacíficas</p>	<p>*Interpretar</p> <p>*categorizar</p> <p>*Judicial</p> <p>*Extrajudicial</p> <p>*Acuerdo</p>	<p>*Información</p> <p>*Organización</p> <p>*Proceso</p> <p>*Mediación</p> <p>*Satisfacción mutua</p>	

CONCEPTOS	CATEGORÍAS	VARIABLES	INDICADORES	ÍNDICES
<p>Paz social</p> <p>Implica el efectivo goce de los derechos humanos, mediante la integración social, en base a un entendimiento y ambiente amigables.</p>	<p>*Derechos humanos</p> <p>*Integración social</p>	<p>*Universal</p> <p>*Conjunto de personas que integran la sociedad</p>	<p>*inherente a la persona</p> <p>*Relaciones sociales</p>	<p>*Buen vivir</p> <p>*Entendimiento</p> <p>*Ambiente amigable</p>

8. CONCLUSIONES

- ❖ La Mediación se encuentra garantizada en la Constitución de la República del Ecuador, es un medio alternativo a la solución de conflictos y es considerada como un método eficiente y eficaz para resolver controversias en materias transigibles con el fin de garantizar la paz social. A diferencia de la justicia judicial, la mediación obligatoria sería más rápida y eficaz y vela por principios constitucionales: trato justo, transparencia, equidad, oportunidad, celeridad, eficacia, gastos mínimos, debido proceso.

- ❖ Al establecerse la mediación obligatoria antes de empezar un proceso judicial se estaría garantizando celeridad y economía procesal, las partes llegan a un acuerdo amistoso y pacífico de aquellos conflictos que no pueden darle solución y que necesitan de un tercero para darle fin al problema y a su vez que no se les vulnere sus derechos, de modo que ambas partes ganen y no lleguen a instancias mayores.

- ❖ La aplicación de la mediación prejudicial obligatoria se estaría cumpliendo con un mandato constitucional como es la paz social y celeridad procesal. Por ende cuando tenga una controversia de cualquier índole, con cualquier persona, primero acuda a un centro de mediación para un arreglo pacífico y luego, por excepción lleguen a la justicia formal

- ❖ La mediación prejudicial obligatoria es un medio eficaz para memorar la carga litigiosa y descomprimir los tribunales en al menos un porcentaje que beneficie tanto a los jueces como a las partes procesales.

- ❖ La obligatoriedad de la mediación como requisito previo para poder iniciar un proceso judicial debe generar confianza a las partes procesales en las que consideren que la mediación es una alternativa mejor y eficiente para solucionar sus conflictos y a su vez genere un verdadero cambio de paradigma que trascienda ampliamente el objetivo inicial de descomprimir los tribunales.

9. RECOMENDACIONES

- ❖ Es necesario que la Asamblea General realice reformas en cuanto a la aplicación y mecanismos que se utilizan para hacer efectiva la mediación, y no quede en letra muerta y poder garantizar a las partes procesales seguridad y confianza, y tomen como primera opción la mediación y no lleguen a instancias judiciales, considerando que la mediación se encuentra garantizada en la Constitución de la República del Ecuador

- ❖ Se recomienda que los señores legisladores realicen reformas al Código Orgánico General de Procesos disponiendo que como requisito a la demanda se presente el acta otorgada por en el centro de mediación en materias transigibles, teniendo como finalidad evitar acumulación procesal a los jueces.

- ❖ Los mediadores son responsables de asegurar la paz y solucionar conflictos vasados en el principio de celeridad y economía procesal, por lo tanto se recomienda, quienes desempeñan el cargo de mediador utilice un procedimiento adecuado y convincente es decir para que la mediación tenga resultado es necesario que las partes confíen en la calidad del proceso de mediación.

- ❖ El Estado Ecuatoriano promueva la mediación obligatoria extrajudicial y garantice su cumplimiento para construir una sociedad con espíritu

pacífico, es decir que mediante la mediación obligatoria solucionen sus conflictos de forma pacífica y se cumpla lo solicitado por las partes.

- ❖ El Consejo de la Judicatura realice programas en cuanto a la mediación en establecimientos educativos, comunidades en sí a la sociedad en general y poner en evidencia como opera la mediación obligatoria y su efecto cumplimiento en solución de diversos conflictos en materia transigible, para aquellas personas que pretenden solucionar sus conflictos de forma rápida oportuna y transparente.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA



REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

EXPOSICION DE MOTIVOS:

- Que a pesar de que la mediación se encuentra garantizada en nuestra constitución como medio alternativo a la solución de conflictos, hasta la actualidad no se la ha podido aplicar correctamente, y es considerada como innecesaria porque no se cumple con el acuerdo, si se toma la mediación obligatoria antes de iniciar un proceso judicial, en el que el mediador vea que lo acordado entre las partes se cumpla para que tenga efectos de un sentencia, las unidades judiciales no exista aglomeración y retardo de los procesos.

- La mediación al considerarse de forma obligatoria se estaría garantizando celeridad y economía para las partes procesales, de igual

forma se estaría garantizando los principios constitucionales y la paz social.

- La Mediación al ser un medio pacífico y apropiado para solucionar controversias de diversos índoles entre la sociedad, debe ser un mecanismo eficaz que garantice soluciones justas para las partes.
- La mediación no debe quedar como un simple enunciado o letra muerta tanto en la Constitución como en las demás normas, de ser así, no debería existir en nuestras leyes, la mediación es aplicada en diversas legislaciones y es de carácter prejudicial y obligatorio, diversas legislaciones han tenido mucho éxito con la mediación obligatoria, mientras que en Ecuador la mediación es letra muerta.
- **CONSIDERANDO:**

Que: la Constitución de la República del Ecuador en su Art.11 núm. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que: la Constitución de la República del Ecuador en su 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. [...]

Que: Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 17.- principio de servicio a la comunidad.- Inciso 2.- El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

Que: Ley de Mediación y Arbitraje en su Art. 43.- 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.

QUE: con estos antecedentes se hace necesario reformar el Art. 142 del Código Orgánico General de Procesos.

De conformidad a las facultades y competencias de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de las facultades que la Constitución de la República del Ecuador le confiere en el numeral 6 del Art. 120, expide la siguiente:

Art. 1.- Incorpórese al artículo 142, a continuación del numeral 12, el siguiente numeral;

Art. 142, núm. 13.- En toda Demanda será obligatoria el Acta de Mediación. Art. 142, núm.14. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.

Artículo Único.- Quedan derogadas las disposiciones legales que no se apeguen a la presente reforma.

Disposición Final.- Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Plenario de Comisiones Legislativas de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador; a los días del mes de del año

f) Presidenta de la Asamblea Nacional

f) Secretario General.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ **ARMAS** Hernández Manuel, Universidad de Barcelona, en su obra La Mediación en la Resolución de Conflictos, pág 126, cita a **ROZENBLUM DE HOROWITZ Sara**, Mediación en la Escuela Resolución de conflictos en el ámbito educativo adolescente, Aique Grupo Editor S.A. Capital Federal (Argentina) Primera edición año 1998.
- ✓ **OSSORIO** Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1ª Edición Electrónica, Realizada por Datascan, S.A, Guatemala, C.A, año 1991.
- ✓ **FERRERO** Costa Eduardo, La Mediación Teoría y Práctica, publicado en el año 2013, , pdf.
- ✓ **FOLBERG** Jay y Taylor Alison, Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. Ed. Limusa, S.A. México, 1996
- ✓ **GONZÁLEZ** Mariana Inés González, Evaluación de la mediación prejudicial en Argentina, publicado en Argentina año 2008, Pdf
- ✓ **CRUZ** Liliam Valdés, Concepto de Mediación página web publicado en el año 2010 Argentina.
- ✓ **MONTES** Walter Jorge, La Paz Social , página web, año de publicación en Argentina
- ✓ **TÉLLEZ** Chávez Robert, Paz Social, publicado en el año 2012 en Bolivia.
- ✓ **PRENSA** de Córdoba, Conceptos Básicos de la Mediación, publicado en Argentina año 2009.
- ✓ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, año 2008.** Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, Última modificación: 21-dic. 2015, Estado: Vigente. Art 191

- ✓ **PALACIOS Vinicio.** Revista Judicial Hércules C1, publicado en Quito Ecuador año 2012, [www. Derecho Euador.co](http://www.DerechoEcuador.co)
- ✓ **ITURMENDI** Morales Gonzalo, Doctrina La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil, publicado en España año 2016.
- ✓ **ORDELIN** Font Jorge Luis y Raúl José Vega Cardona , La Mediación en la Solución de Conflictos de Derechos de Autor en Cuba: Necesidad de su Implementación Ordelin, publicado en Cuba año 2012, pág. 156
- ✓ **AGUIRRÉZABAL** Grünstein Maite, Revista Jurídica Chilena de Derecho Privado Julio 2013 , Nº 20, Derecho Procesal Civil.
- ✓ **CHACHA PACHAR José Rogelio**, Universidad Central del Ecuador, La Mediación Prejudicial Obligatoria como Mecanismo para Disminuir la Carga Procesal en los Juzgados de lo Civil de Quito, Quito Ecuador año 1016.
- ✓ **FUENTES YÁNEZ Edison**, Obligatoriedad de la Mediación Previa en los Procesos Judiciales, Ecuador, año 2017.
- ✓ **COBB Sara.** Material bibliográfico del curso: Negociación y resolución de conflictos. Universidad de California, Santa Bárbara. Agosto-septiembre año 1995.
- ✓ **FOLBERG, JAY Y TAYLOR, Alison**, Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. Editorial Limusa, S.A. México, 1996.
- ✓ **GARCÍA PRESAS, Inmaculada**, La Mediación familiar desde el ámbito jurídico. Editorial Juruá. Lisboa, año 2010
- ✓ **GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y BOLAÑOS CARTUJO, Iñaki**, La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar. Ediciones Trea, S. L. año 2006
- ✓ **MOORE, CHRISTOPHER**, El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Ediciones Granica, Barcelona, 1995.

- ✓ **ANTONIN MARTIN Montserrat**, La Mediación Intercultural en el Ámbito de la Salud, servei publicacions Bellaterra , año 2013.
- ✓ **HIGHTON** y Alvarez, Mediacion Para Resolver Conflictos
- ✓ **SUARES**, M. (1996). Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós.
- ✓ **RIPOL-MILLET A.** Separación i divorcio: La mediación familiar. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia. Centre d' Estudios Jurídicos Formación Especializada, año 1997.
- ✓ **BARREIRO Barreriro Clara**, Derechos Humanos, Salva Editores, S.A, Barcelona España, año 1981.
- ✓ **DE ARBITRAJE Y MEDIACION**, Codificación 14, Registro Oficial 417 de 14-dic-2006, Última modificación: 09-mar-2009, Estado: Vigente. Art.43
- ✓ **LEY DE MEDIACIÓN OBLIGATORIA**, Ley 26.589, Promulgada: Mayo 3 de 2010.
- ✓ **CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL**, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 544, 2009 Vigente, Art.17

LINCOGRAFIA

- ✓ www.wipo.int/amc/es/mediation/what-mediation.html
- ✓ **DERECHOFACIL**.gob.ar/leysimple/mediacion/#Mediacion_prejudicial
- ✓ **BASS** Asesorías gestión y mediacionmediacionyasesoria.cl/mediacion-voluntaria/
- ✓ <http://ETIMOLOGIAS.dechile.net/?mediacio>.Fuente: Manual de formación básica de mediadores.
- ✓ http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/5290/02149877_2013_1_2_189.pdf

- ✓ www.academia.edu/11210109/Mediacion_Para_Resolver_Conflictos.
- ✓ <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/3404>
- ✓ **CARAM** Eilbaum, & Risolía, www.libreriaticivica.com.ar/libro, año 2014

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

Señor/a profesional de Derecho

Con ocasión del trabajo de investigación previo a la obtención de mi título de licenciado en jurisprudencia y abogado de los Tribunales del Ecuador, agradecería digne en colaborar con la contestación del cuestionario de preguntas que a continuación presento, que tiene relación con la hipótesis que pretendo comprobar **“Para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho, al momento de solucionar los conflictos es importante establecer a la mediación como requisito prejudicial en el Código Orgánico General de Procesos pues no se cumple con el mandato constitucional de una paz social”**, que reconoce la Constitución Política de Ecuador.

Gracias por la atención brindada.

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS

Instrucciones:

Señor doctor, con la finalidad de ilustrar su respuesta a continuación se ha insertado una definición de mediación: **La mediación es un Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos, porque es extra-judicial que versa sobre materia transigible, por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador les ayuda a trabajar con el otro y no contra el otro. Procuran un acuerdo voluntario.**

1. En base a la definición cual, ¿Considera Ud. Que la mediación permite celeridad, economía procesal y reviste de legalidad la solución de conflictos; y, ¿qué debería ser obligatoria antes de iniciar los procesos?

Sí ()

No ()

Fundamente su respuesta

.....
.....

2. En base a su experiencia profesional, ¿considera usted que la que la mediación no es eficiente para solucionar conflictos y cuál es la razón por la que las partes prefieren ir directamente por la vía judicial?

Dígnese ilustrarnos con su criterio

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

3. ¿Considera Ud. Que si al establecer de manera obligatoria la mediación descongestionaría los trámites de la función judicial, permitiendo economía procesal y celeridad en los trámites?

Sí () No ()

Que aspectos podría agregar

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

4. ¿Considera usted que se debería establecer reformas al Código Orgánico General de Procesos, para que exista la mediación de manera obligatoria antes de iniciar los procesos?

Sí () No ()

Que aspectos podría agregar

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

5. ¿Para dar cumplimiento con la Tendencia Moderna del Derecho, considera usted que se debería implementar a la mediación como obligatoria, generalmente para reclamar derechos patrimoniales?

Sí () No ()

Cuál es su criterio

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

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Tema:

**LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL, VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA COMO
TENDENCIA MODERNA DEL DERECHO EN LA SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS.**

Proyecto de Investigación previo a
optar por el grado de Licenciado en
Jurisprudencia.

Autor:

ANDRÉS FRANCISCO JIMÉNEZ MERINO

Director de tesis:

Dr. Fernando Soto Soto Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2017

1. TEMA

LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL, VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA COMO TENDENCIA MODERNA DEL DERECHO EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

2. PROBLEMATIZACIÓN

La Constitución de la República del Ecuador garantiza y reconoce la mediación y arbitraje como medios alternativos de solución de conflictos⁵³.

En el Ecuador los principales problemas en el sistema de justicia, se da en cuanto a la carga procesal y las causas sin despachar en los juzgados, esto como consecuencia de la falta de celeridad acompañada de una ineficiencia que causa inconvenientes a los usuarios, esto podría evitar implementando a la mediación como un requerimiento prejudicial dentro de los requisitos de la demanda establecidos en el Código Orgánico General de Procesos.

La Mediación es un proceso en el que dos o más partes involucradas en un conflicto trabajan con un profesional imparcial, el mediador, para generar sus propias soluciones para resolver sus diferencias.

A diferencia de un Juez, o un árbitro cuyas decisiones obligan a las partes, e implican que una parte gana y la otra pierde, la mediación busca obtener una solución válida para ambas partes.

La mediación es una forma flexible de resolución de conflictos, que permite a las partes en disputa una solución previa a lo que hubiera constituido un litigio, ofrece a las partes una oportunidad de ganar una mayor comprensión de su conflicto, y limitar el costo (tanto en tiempo como en dinero) que implica un procedimiento legal completo⁵⁴.

⁵³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Octubre 2008. Art 190. Pág. 117

⁵⁴ <http://www.mediationinternational.eu/index.php/es/blog/98-que-es-la-mediacion>

El objetivo principal de la mediación prejudicial obligatoria, es justamente romper con esos esquemas mentales, sobre la forma de resolver los conflictos de una forma adversaria, es decir en donde los ciudadanos no buscan soluciones pacíficas, ni tampoco soluciones prejudiciales, por el contrario piensa que es mejor seguir con la controversia hasta, que exista un perdedor y un ganador lo cual desde el punto de vista social, producen caos, incertidumbre y desafíos innecesarios, todo lo contrario se produce con la mediación prejudicial, en donde los conflictos se resuelve con autonomía propia de las partes y nunca existen ganadores ni perdedores, ni existen acuerdos forzados o manipulados, porque las decisiones para solucionar la divergencias, provienen de las partes inversas en el conflicto.

El reconocimiento de la mediación como medio alternativo no ha sido practicado por el desconocimiento de sus beneficios, a diferencia de la legislación argentina donde ya se ha implementado como requisito obligatorio antes de iniciar cualquier acto legal, evitando la aglomeración de procesos, esto en la legislación ecuatoriana se ha convertido en inaplicable, ya que es medio alternativo voluntario, no existe disposición legal alguna que obligue a que previamente a iniciar cualquier proceso judicial, se agote la mediación como medio alternativo de solución de conflictos.

Si existiera una norma que obligue a las partes a agotar la mediación antes de iniciar un proceso judicial, traería grandes ventajas tanto jurídicas, económicas, como sociales.

Podemos enfatizar que lo que la mayoría de Estados buscan a través de su ordenamiento jurídico es garantizar el bienestar común, acceso a la justicia, sin dilaciones, desgastes emocionales, económicos por parte del mismo, justicia libre, voluntaria, y brindarnos una seguridad jurídica sin importar las condiciones socioculturales o económicas.

Una definición ya clásica dice que es la técnica mediante la cita ¡son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.

El mediador no representa ni asesora a ninguna de las partes, papel que seguirá cumpliendo el abogado de cada una de ellas. Si como resultado de la mediación logran un acuerdo, ése será el mapa de sus relaciones futuras. La mediación tiene un objetivo bien claro: resolver el conflicto interpersonal existente y colaborar en la toma de decisiones que lleven a su solución, sin adentrarse en las causas que lo subyacen. Importan sus efectos en el futuro, en cuanto muestran una forma posible de encarar los conflictos que puedan suscitarse.⁵⁵

3. PROBLEMA

La carencia normativa para la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda como requisito para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho, de solucionar los conflictos de manera pacífica, privilegia únicamente la litis en desmedro de una paz social consensuada y amigable, que reconoce la Constitución Política del Ecuador.

3.1 Descripción del problema

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 190, reconoce la mediación como medio alternativo de solución de conflicto, con el fin de garantizar una cultura de paz. Considerando a la mediación como una tendencia moderna una herramienta que se da para garantizar el acceso a la justicia de manera expedita como alternativa de solución de conflictos.

Debemos tomar en cuenta que en la mentalidad de los ecuatorianos y los profesionales del derecho no existe la cultura de la mediación pacífica y obligatoria, como herramienta alternativa de solución de conflictos, privilegiando de manera casi exclusiva la litis judicial especializada. Esto se da por la falta de capacitación y difusión adecuada en los profesionales del derecho y los usuarios.

⁵⁵ SCHIFFRIN, Adriona. LA MEDIACIÓN: ASPECTOS GENERALES. Argentina. Pág.6

De esta manera se quiere implementar a la mediación como requisito obligatorio pre-judicial para iniciar una demanda en materia civil, e incorporarse en el Código Orgánico General de Procesos.

3.2 Elementos del problema

- Mediación pacífica
- Obligatoria
- Tendencia moderna
- Paz social

3.3 Formulación del problema

La importancia de establecer normativa en la que se tipifique a la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda como requisito para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho, de solucionar los conflictos de manera pacífica, privilegia únicamente la litis en desmedro de una paz social consensuada y amigable, que reconoce la Constitución Política del Ecuador

4. JUSTIFICACIÓN

En nuestro sistema constitucional se garantiza los medios alternativos de solución de conflictos, la mediación se la planteó como alternativa y solución a la afluencia que pasa el sistema jurídico de nuestro país, sin embargo el desconocimiento de esta alternativa y más que todo la desconfianza que siembra en sí, no se ha podido solucionar, tomando como referencia la legislación argentina y estadounidense donde ya se ha adoptado a la mediación como un requisito pre-judicial.

Considero que este proyecto de investigación cuenta con suficiente información, tales normativa, legislación comparada, doctrina que nos coadyuvaran para desarrollar y finiquitar el presente proyecto.

Por lo anotado, considero que debe reformarse el art. 142 del COGEP y solicitar como un requisito adicional a la presentación de cualquier demanda, que se presente una acta de imposibilidad de resolver su conflicto en mediación, imposibilidad que puede ser por la no concurrencia de las partes, por no poder haber acordado nada o por cualquier motivo, pero debe presentarse esa imposibilidad, para activar la función judicial

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo General

Realizar un estudio teórico, normativo y comparado sobre la importancia de establecer normativa en la que se tipifique a la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda como requisito para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho.

5.2 Objetivos Específicos

1. Efectuar un estudio teórico y normativo sobre la importancia de establecer normativa en la que se tipifique a la mediación pacífica y/u obligatoria en el Código Orgánico General de Procesos al formular la demanda.
2. Proponer a la mediación pacífica como requisito para iniciar una demanda.
3. Proponer alternativas jurídicas y/o reformas al Código Orgánico General de Procesos.

6. hipótesis

Para el cumplimiento de la tendencia moderna del derecho, al momento de solucionar los conflictos es importante establecer a la mediación como requisito prejudicial en el Código Orgánico General de Procesos pues no se cumple con el mandato constitucional de una paz social.

7. MARCO TEÓRICO

7.1 Mediación pacífica

En la Constitución de la República del Ecuador se garantiza y reconoce a la mediación como medio alternativo de solución de conflicto, los cuales se aplicarán con sujeción a la Ley. Entendiendo a la mediación como la herramienta prejudicial de resolución de conflicto en el cual las partes enfrentadas, recurren a un tercero llamado mediador, este tiene la finalidad de llegar a una conciliación el uno con el otro y no contra el otro, con el objetivo de buscar una vía pacífica y equitativa para afrontar los conflictos, en un entorno de acuerdo, aceptación, aprendizaje y respeto mutuo, obteniendo un acuerdo y/o resolución del problema.

La mediación no es un oficio misterioso, como el mito primitivo lo tendría, se la puede estudiar, enseñar y especializarlo, se define como un proceso de gestión de conflicto, relacionado pero distinto de las propias negociaciones de las partes, donde aquellos en conflicto buscan un tercero imparcial, para resolver un conflicto en el cual las percepciones o comportamiento, son contrarias del actor con el demandado, sin necesidad de reclamar por medio de la justicia ordinaria.

Pocas veces se recurre a la mediación para reducir el nivel de hostilidad, por mutua comprensión, ya que la legislación ecuatoriana no garantiza la obligatoriedad como requisito prejudicial, dentro de la materia de civil, que para muchos no dan los resultados esperados, esto por el desconocimiento de las ventajas de mediación obligatoria como en otros países se establece.

La mediación es un modo de resolución de conflictos, que puede aplicarse como etapa prejudicial para evitar la iniciación de un juicio, mediante un arreglo extrajudicial entre las partes; o en cualquier otro ámbito, como por ejemplo el escolar, para posibilitar una convivencia más armónica y la resolución pacífica de las diferencias, construyendo un clima cooperativo y mejorando la comunicación, evitando sanciones que generan más actitudes violentas en

muchos casos, pues el alumno no acepta su responsabilidad en las agresiones interpersonales, y por lo tanto considera injusto el castigo.

Se señala también a la mediación como un procedimiento basado en los intereses de las partes, en un litigio ante los tribunales, el resultado de un caso determinado por los hechos objeto de la controversia y el derecho aplicable⁵⁶.

El mediador debe ser un tercero imparcial, profesional del derecho especializado en la materia, calificado por el Consejo de la Judicatura, el cual ayuda a buscar posibles alternativas al problema, es decir, se encarga de gestionar la comunicación entre las partes. Entre sus objetivos principales es generar un ambiente amigable, la o él mediador no puede plantear alternativas, debe valerse de su conocimiento para que las partes en conflictos empiecen a formular alternativas, debe recalcar que los implicados en el conflicto tomen conciencia de su papel que el acuerdo lo deben asumir con responsabilidad llegando a solucionar el conflicto de manera pacífica

7.2 Mediación prejudicial obligatoria

La importancia de la mediación prejudicial obligatoria consiste en disminuir la alta tasa de demandas que en ocasiones podría llegarse a un acuerdo por medio de la mediación, considerándose como un requisito prejudicial, que de darse el caso ya no sería necesario llegar a la justicia ordinaria.

Es necesario implementar la mediación prejudicial obligatoria esto por la existencia de una excesiva carga procesal en los distintos juzgados de lo civil, lo que se busca como propósito fundamental con esta guía jurídica es informar y orientar a la sociedad para que luego de una difusión y conocimiento por parte de la sociedad y juristas, se pueda discutir en la Asamblea Nacional para su posible aprobación e implementación en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano.

⁵⁶ <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/what-mediation.html>

Se considera que la mediación prejudicial obligatoria, servirá como una especie de barrera, para que los juzgados no sigan aumentando su carga procesal, como ya lo hemos mencionado en líneas anteriores, es decir todo este mecanismo beneficia a los ciudadanos, ya que la mediación prejudicial obligatoria es ante todo un procedimiento confidencial, rápido y dirigido por un tercero neutral cuya misión orientar a las partes en conflicto para una solución pacífica, lo que significa que no se puede imponer una decisión a las partes para poder llegar a una solución, estas deben aceptarla voluntariamente, por consiguiente es una decisión voluntaria de las partes sin ningún tipo de presiones, lo que contrariamente sucede en la justicia ordinaria o en un proceso de arbitraje en donde un juez o a un árbitro dicta una sentencia, el mediador no es una persona que toma decisiones, la función del mediador consiste más bien en ayudar a que las partes lleguen a tomar una decisión propia sobre la solución de la controversia.

Hay dos formas principales en los cuales los mediadores ayudan a las partes a tomar su propia decisión siendo así la mediación un procedimiento confidencial, ya que la confidencialidad sirve para fomentar la franqueza y la apertura en el procedimiento, garantizando a las partes que las propuestas u ofertas den solución y no tengan ninguna consecuencia más allá del procedimiento de mediación, posteriormente el mediador deberá utilizar estrategias de comunicación, para que a través del dialogo las partes encuentren los caminos para solucionar los conflictos.

El Ecuador es un país, que necesita implantar nuevas normas jurídicas que ayuden y beneficien a la sociedad, estas deberán estar fundamentadas y motivadas para que permitan la dinamización y mejoramiento de las formas tradicionales de resolver los conflictos y sobre todo se convierta en una herramienta de progreso con avances significativos para la sociedad y el Estado.⁵⁷

⁵⁷ <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>

7.3 Tendencia moderna

La mediación prejudicial obligatoria, luego de varios estudios realizados por parte de juristas latinoamericanos, y particularmente de Argentina se llegó a una conclusión, de que la mediación prejudicial obligatoria, es uno de los caminos viables y eficientes, para lograr descongestionar los juzgados de lo civil, considerando que antes de que exista esta tendencia en dicho país llegaron a niveles muy elevados y sus consecuencias de un caos social y representó, gastos muy significativos para el Estado⁵⁸.

El objetivo principal de la mediación prejudicial obligatoria, es romper con esos esquemas mentales, sobre la forma de resolver los conflictos de una manera adversaria, es decir en donde los ciudadanos no buscan soluciones pacíficas, ni tampoco soluciones prejudiciales, por el contrario piensa que es mejor seguir con la controversia hasta, que exista un perdedor y un ganador los cual desde el punto de vista social, producen caos, incertidumbre y desafíos innecesarios, todo lo contrario se sucede con la mediación prejudicial, en donde los conflictos se resuelve con autonomía propia de las partes y nunca existen perdedores ni vencidos, ni existen acuerdos forzados o manipulados, porque las decisiones para solucionar la divergencias, provienen de las partes inversas en el conflicto.⁵⁹

7.4 Paz social

Podemos hablar de paz social cuando en todos los grupos, clases o estamentos sociales exista las buenas relaciones, entendimiento y ambiente amigable dentro de un país, donde podemos decir que la paz social es el bienestar de la sociedad la cual no se conseguiría si se le arrebatara los derechos propios.

La paz social implica el disfrute de los derechos humanos, la integración social, desarrollo y responsabilidad, cuya puesta en práctica nos permitirá avanzar en

⁵⁸ CHACHA PACHAR, José Rogelio. LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA COMO UNA NUEVA TENDENCIA ALTERNATIVA PARA DISMINUIR LA CARGA PROCESAL EN LOS JUZGADOS DE LO CIVIL EN EL ECUADOR. 2016. Pág. 92

⁵⁹ <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>

la construcción de una sociedad pacífica, y emprendedora. Un país se desarrolla mejor en un ambiente calmado, de bienestar para con él y con la sociedad que lo rodea, estableciendo la confianza del pueblo con el Estado.

La justicia es el reflejo completo del manejo sostenible de un Estado, solo de esta manera se podría dar la paz social con lineamientos establecidos para una sociedad. Somos conscientes que es difícil procurar y mantener la paz, y que esto es trabajo de todo un país, sino y que es ahí donde radica la oportunidad para que todos los sectores puedan participar. Se trata, de una paz social, donde se mantienen buenas relaciones entre comunidades de individuos.

Muchos autores recalcan a la mediación prejudicial como un beneficio en caso de aplicarse en el Ecuador, que ayudaría a llegar a la paz social.

El procedimiento de la mediación debe ser obligatorio, antes del juicio y con más razón dentro del mismo. Solo así, se divulgaría y llegaría al conocimiento de la mayoría de la población, sino seguirá siendo una buena alternativa pero conocida a medias y acatada sin ninguna obligatoriedad. Porque si esta alternativa se quiere utilizar dentro del proceso legal, dentro de la causa que ha conocido el juez, es porque una de las partes ha incumplido una obligación o ha quebrantado un derecho y en consecuencia ha incumplido con la ley. Por estas razones, la otra parte ha tenido que recurrir al órgano de justicia para que se haga efectivo su pedido legal. Dentro del proceso ordinario ya no existe la voluntad mutua de las partes para poner fin a las controversias como posiblemente pueda existir en la mediación extra procesal.⁶⁰

Así se mantiene una carga procesal extensa dentro de los juzgados, por la falta de una cultura de paz, con los antecedentes antes mencionado ratifico la importancia de incluir en nuestra legislación, la mediación como prejudicial obligatoria.

⁶⁰<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>

8. METODOLOGÍA

8.1 Métodos

- ❖ **Método Inductivo.-** este método servirá para determinar a la mediación manejada en el Ecuador con las legislaciones argentinas y estadounidense.
- ❖ **Método Deductivo.-** nos ayudará a partir de la generalidad de las legislaciones argentina y estadounidense para verificar la obligatoriedad de la mediación como requerimiento prejudicial.
- ❖ **Método de Análisis.-** me permitirá descomponer analizar la mediación como requisito para la demandar y la importancia de implementar en el Código Orgánico General de Procesos.
- ❖ **Método de Síntesis.-** nos permitirá agrupar todos los elementos que se toman en cuenta para tener a la mediación como requerimiento prejudicial.

8.2 Técnicas

5. Técnica bibliográfica
6. Técnica de la encuesta
7. Técnica de la entrevista
8. Técnica de estudio de casos

9. POBLACIÓN

La presente investigación se realizará a través de encuesta, entrevistas y análisis de casos, dirigidos a Abogados del Cantón Loja, en un número de 20 encuestas, 10 entrevistas y 2 análisis de casos.

10. CRONOGRAMA

2017																																
Fechas	Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero				Febrero				Marzo				Abril							
Actividades	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
Problematización																																
Construcción del proyecto de investigación																																
Esquema de tesis																																
Operativización de variables																																
Construcción del Marco Teórico																																
Aplicación de instrumentos																																
Interpretación de resultados																																
Conclusiones y recomendaciones																																
Presentación del primer borrador																																
Socialización de trabajos de investigación																																
Proceso de graduación																																
Proceso de graduación																																

11. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

❖ Recursos Humanos

- **Investigador:** Andrés Francisco Jiménez Merino
- **Director de tesis:** Por definir

❖ Recursos Materiales

❖ Financiamiento

- **Personal**

Rubro	Valor
Adquisición de bibliografía	USD 500,00
Internet	USD 300,00
Fotocopias	USD 150,00
Material de oficina	USD 300,00
Levantamiento de textos	USD 250,00
Edición de tesis	USD 300,00
Reproducción y empastado	USD 200,00
Movilización	USD 200,00
Imprevistos	USD 100,00
Total	USD 2,300,00

12. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.** Octubre 2008. Art 190. Pág. 117

- ❖ **SCHIFFRIN, Adriona.** LA MEDIACIÓN: ASPECTOS GENERALES. Argentina. Pág.6
- ❖ **CHACHA PACHAR, José Rogelio.** LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA COMO UNA NUEVA TENDENCIA ALTERNATIVA PARA DISMINUIR LA CARGA PROCESAL EN LOS JUZGADOS DE LO CIVIL EN EL ECUADOR. 2016. Pág.

LINCOGRAFÍA

- ❖ <http://www.mediationinternational.eu/index.php/es/blog/98-que-es-la-mediacion>
- ❖ <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/what-mediation.html>
- ❖ <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>
- ❖ <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>
- ❖ <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>

INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
ESQUEMA DE CONTENIDOS	VI
TÍTULO	1
RESUMEN	2
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	6
REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
MATERIALES Y MÉTODOS	67
RESULTADOS.....	69
DISCUSIÓN	83
CONCLUSIONES	98
RECOMENDACIONES	100

PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	102
BIBLIOGRAFÍA	106
ANEXOS	110
INDICE	127