Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA: APLICABILIDAD EN CASOS DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y TENENCIA CASO DE ESTUDIO PROVINCIA DEL AZUAY

Autora

Denisse Alvarez Ledesma

Directora

Ab. Ana María Bustos Cordero, PhD

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de titulación a mi familia por ser mi constante motivación

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi directora Ab. Ana María Bustos Cordero, PhD. por su guía y apoyo durante todo este proceso. Agradezco a todos los entrevistados por brindarme su tiempo y conocimientos.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar la aplicabilidad de la mediación prejudicial obligatoria en el país, caso de estudio la provincia del Azuay, en casos de tenencia y pensiones alimenticias a través de la determinación de las características y elementos fundamentales de la mediación prejudicial, conjuntamente con un análisis comparado de legislación latinoamericana, de la situación actual de los juzgados y, de la relación de éstos frente a los derechos de los grupos vulnerables -menores-, con el fin de promover la implementación de la mediación para lograr una cultura de paz y ser una solución alternativa y eficaz frente a la saturación del sistema judicial.

Palabras clave: derechos de los niños, juzgados de familia, mediación prejudicial, saturación del sistema judicial.

ABSTRACT

This research analyzes the relevance of mandatory pre-judicial, mediation model around child support and custody cases in Azuay. The study establishes the features and fundamental elements of pre-judicial mediation by analyzing other Latin-American law. The actual state of the family court and how they relate with vulnerable groups – children- rights, in order to promote a culture of peace and become an effective alternative solution to the overcrowding system.

Keywords: children rights, family court, overcrowding system, pre-judicial mediation.

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
Dpto. Idiomas

.

ÍNDICE

Índice de contenido

Introducción 1

Capítulo I 3

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS 3

1.1 Antecedentes 3

1.2 Formas de solución de conflictos 7

1.3 Efectos de la Mediación 10

1.4 Ventajas y desventajas de la Mediación 12

1.5 De los conflictos familiares: Tenencia, pensiones alimenticias y régimen de visitas 15

Capítulo II 18

La Mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones Latinoamericanas 18

2.1 Chile 18

2.2 Argentina 24

2.3 Colombia 28

Capítulo III 33

La Mediación en Ecuador 33

3.1 Reconocimiento legal de la Mediación en Ecuador 33

3.1.1 Reconocimiento constitucional de la mediación 33

3.1.2 La mediación como una herramienta para la solución de conflictos en Ecuador 34

3.1.3 La mediación como garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes 36

3.2 La situación de los juzgados en Azuay con respecto a procesos por Alimentos y Tenencia 38

3.2.1 La Constitución y la Ley 38

3.2.2 Carga de trabajo 39

3.2.3 Fase de ejecución 40

3.2.4 Principio de Voluntariedad 42

3.2.5 En el Procedimiento 42

3.2.6 Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes 43

3.3 Conclusiones y recomendaciones 46

Tablas

Tabla 1 Definiciones de conflictos *2*
Tabla 2 Medios de autocomposición *6*
Tabla 3 Medios de heterocomposición *7*
Tabla 4 Ventajas de la mediación *12*

Figuras

Figura 1 Nivel de satisfacción sobre la eficiencia del juzgado *40*
Figura 2 Efectividad de la mediación prejudicial *45*
Figura 3 *Características positivas de la mediación* *49*

Introducción

Para poder abordar la mediación prejudicial obligatoria primero es necesario determinar qué es la mediación. Este término nace del verbo mediar que de acuerdo con la definición del Diccionario de la RAE (2021) es el "actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio". Con esto en mente podemos deducir que en la mediación además de los sujetos que tienen el conflicto, interviene otro actor; un tercero independiente, imparcial y neutral, que pretende guiar a las partes en la negociación de sus pretensiones, denominado mediador (Bernate, R. 2000), quien para Marlene Cano (1992) no tiene la facultad de proponer fórmulas de arreglo a las partes, sino que estas de forma libre, pacífica y voluntaria, como describe Mario Jaramillo (1996) son quienes hallan la solución al conflicto. Todo esto explica porque para Andrew Floyer (1993) la mediación logra que las partes lleguen a la mejor solución posible del conflicto porque se toman en cuenta sus necesidades e intereses y por lo mismo van a terminar satisfechas con el proceso y la solución.

En Ecuador se reconoce a la Mediación en la Constitución de la República en el artículo 190 como un medio alternativo a la justicia ordinaria pero sujeto a la ley, para resolver conflictos que por su materia sean transigibles, además en el art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación se define a la mediación como "un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto" (Congreso Nacional, 2006). Existen percepciones tanto positivas como negativas de este procedimiento, para algunos no hay nada mejor que el sistema judicial ordinario y para otros es un sistema con varias falencias, sea cual sea la posición, la mediación como lo expresa Claudia Matute, como otros métodos alternativos no pretenden suplantar a la justicia ordinaria sino complementar, ser una herramienta de soporte para la justicia ordinaria (2003).

La Función Judicial de Azuay al ser una de las dependencias más grandes del Ecuador tiene mayor cantidad de usuarios y por ende de procesos, esto hace que los operadores de justicia se enfrenten a una sobrecarga de trabajo que crece cada año y no permite brindar un servicio de justicia eficaz y eficiente, que consecuentemente, desemboca en una saturación del sistema de justicia que vulnera no solo derechos procesales de los usuarios sino que termina violentando los derechos controvertidos que se pretenden tutelar en los procesos (Consejo de

la Judicatura T. , 2011, pág. 3), como es el caso de juicios de Alimentos y Tenencia donde se violentan derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes siendo estos un grupo vulnerable y de atención prioritaria. A pesar de las fallas del sistema para velar por los derechos de las partes intervinientes y terceros involucrados, y brindar un servicio eficaz de justicia, en Azuay la sola existencia de centros de mediación no ha sido suficiente para que quienes tienen un conflicto opten por la mediación como primera opción frente al sistema ordinario de justicia, entonces: ¿qué pasa si esta herramienta de complemento no está siendo utilizada de forma voluntaria? ¿sería un instrumento más que se reconoce en vano? Como manifiesta Macarena Vargas (2008) para modernizar el sistema de administración de justicia y resolver los problemas de este es necesario no sólo optar por aumentar la capacidad de éste para resolver conflictos, más bien se debe adaptar el modo en que el sistema los resuelve.

Es aquí donde entra en juego la mediación prejudicial obligatoria, Vargas Pávez (2008) explica: "lo que se hace es sustituir la voluntariedad de la mediación por la derivación obligatoria, en forma previa a la interposición de la demanda", tomando en cuenta tres ejes fundamentales: acceso a la justicia, soluciones más adecuadas de acuerdo a cada conflicto y la descarga de los tribunales, lo que contribuiría a que "se mitiguen los niveles de confrontación y mejoren los niveles de bienestar social" (Pérez, S. 2013), así como la relación ciudadanos-Estado por verse sus derechos realmente tutelados. Es importante determinar que con la obligatoriedad previa a un litigio no se pierde la naturaleza voluntaria de la mediación, ya que la voluntariedad para llegar a acuerdos no se elimina y los pactos que se hagan son por parte de los sujetos intervinientes, además el objetivo primordial se enmarca en cambiar la cultura de litigio por una cultura de paz o de diálogo en los juicios de alimentos, teniendo en cuenta que al no existir acuerdos se continúa el proceso judicial ordinariamente (Pérez, S. 2013).

Capítulo I

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1 Antecedentes

Para entender qué es mediación primero es necesario conocer a qué se refiere cuando se habla de mecanismos de solución de conflictos, -MASC- para lo cual se realiza un análisis individual de cada una de las palabras que componen este concepto, así como su significado.

a. Medios o mecanismos: Se entiende a estos como aquellos instrumentos/estrategias/herramientas no solo jurídicas, que forman parte de la interdisciplinariedad (psicología, sociología, economía, derecho, antropológico). Según Bernate (2000) una sociedad va a ser mejor si teniendo múltiples conflictos, propios de una convivencia en sociedad, van a saber canalizar y encontrar la mejor solución para todos y es que justamente a través de una diversidad de medios que se acoplen a las necesidades de cada conflicto para que sea el idóneo en ese caso.

b. Solución: del latín *solvere* se entiende a algo que termina, sin embargo, los conflictos no siempre terminan por lo que estrictamente hablando puede resultar más correcto referirnos a la gestión del conflicto, este sugiere seguimiento por lo que no se reduce a el fin del conflicto, sino que involucra una gestión preventiva y función transformadora de la conflictividad social. Por otro lado, Bernate (2000) afirma que si este conflicto no es adecuadamente manejado o canalizado siempre terminará en actos con tintes anarquistas, fuera de todo ámbito legal y social, sin solución alguna y reproduciéndose en lugar de terminar.

c. Conflicto: Si no existe conflicto no existe la necesidad de resolver uno ni de idear mecanismos adecuados para lograr ese objetivo, siendo así, el conflicto el porqué de los mecanismos de solución, el elemento esencial de la mediación. De manera general un conflicto es un desacuerdo, del cual nacen varias acciones y reacciones que hacen que el mismo mute, en definitiva, lo que se busca resolver tiene varias gradaciones. Por otro lado, teóricamente hablando, Granchelli (2016) señala que el conflicto hace referencia a una "situación de tensión y desacuerdo entre dos o más partes, refiere a posiciones encontradas. Se produce debido a una relación establecida entre los sujetos intervinientes, quienes persiguen objetivos y que en función de estos poseen

necesidades insatisfechas o incompatibles". Doctrinariamente existen múltiples definiciones que no permiten tener una definición exacta del conflicto, sin embargo estas abarcan distintas características de las mismas por lo que es importante referirse a ellas a continuación:

CONFLICTO	Definición
1	«Conflicto es una situación de competición en la que las partes son conscientes del potencial de futuras posiciones y cada parte desea ocupar una posición incompatible con los deseos de la otra parte» (Boulding, 1962).
2	«Un enfrentamiento, choque o desacuerdo intencional entre dos grupos o entes de la misma especie que manifiesta, uno respeto de los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho y quienes, por mantener, afirmar o restablecer este derecho, intentar quebrar la resistencia del otro, eventualmente recurriendo a la violencia» (Freund, 1983: 65).
3	«Conflicto es el intercambio intencionado de sanciones negativas o conductas punitivas entre dos o más partes» (Blalock, 1989).
4	«Conflicto es una especie o clase de relación social en la que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí» (Entelman, 1999).
5	«Conflicto es la presencia de intereses divergentes o percepciones incompatibles entre personas o grupos, y el deseo de seguir una conducta proporcionada a estas percepciones» (Bercovitch, 1999: 403-412).

Tabla 1. Definiciones de conflictos. Tomado de: Jiménez Bautista, F. & Beltrán Zambrano, R. (2019). Gestión de conflictos. Dykinson.

Ahora bien, el interés de este estudio gira en torno a aquellos conflictos que comúnmente se procesan dentro del Sistema Judicial, siendo estos conflictos jurídicos. La RAE en su Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico (2017) define al conflicto jurídico como un "conflicto entre dos o más individuos o grupos de individuos con relevancia jurídica". Se puede inferir que la relevancia jurídica hace referencia a que es un conflicto que se enmarca en la ley, es decir que es reconocido por la misma y por lo tanto va a tener una solución legal.

Sin embargo, el sistema jurídico ordinario por su característica de objetivo no va a considerar la naturaleza y el trasfondo social del conflicto por lo que no siempre va a terminar siendo la herramienta más adecuada para la solución de una controversia. Es en este punto de quiebre donde nacen los métodos alternativos de solución de conflictos y con ellos interrogantes sobre su alcance, viabilidad y resultados.

La noción de método alternativo de solución de conflictos (MASC), para Quiroga (2015) "designa a los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero/s de forma imparcial". Actualmente existen varios procedimientos alternativos, sin embargo, existen unos más usados que otros y se agrupan de distinta manera, así por ejemplo en países anglosajones se los conocen como ADR por sus siglas en inglés Alternative Dispute Resolutions o Amicable Dispute Resolutions, y hacen referencia sobre todo a la mediación, la conciliación y se incluye también al arbitraje.

Históricamente, los métodos alternos de solución se han hecho presentes en distintas civilizaciones y culturas dentro de los antecedentes más remotos del derecho antiguo hasta la consolidación moderna de las mismas, como una forma legal, reconocida y respetada de manejar los conflictos en distintos ámbitos.

Algunos son los ejemplos de culturas y civilizaciones en las que se desarrollaron lo que hoy conocemos como MASC. En Grecia los Tesmotetes analizaban los hechos que originaban los conflictos y convencían a las partes de llegar a acuerdos transaccionales a los que se les otorgaba fuerza de ley. Así mismo en Roma, se reconocía en las Doce Tablas los acuerdos de las partes y se los respetaban como actos dignos. Vallejo Gema (2018) explica que:

> "cuando aún no existía ningún tipo de justicia, era necesario impedir el uso de la fuerza entre quienes se enfrentaban por intereses contrapuestos. Lo más probable es que se intentase (…) una solución pacífica recurriendo a un tercero que ayuda a ello. Tal vez, el pater familias actuaría como intermediador, (…) quizá en un ritual religioso, actuando como (…) negociador, conciliador o mediador" (Vallejo Gema, 2018, p.118).

Esto, para Naranjo Vallejo (2022) quiere decir que Los Romanos se aproximaron a los conceptos modernos de mediación en sus orígenes pues tenían características inherentes a estos métodos extrajudiciales.

Más adelante en la Edad Media en el Fuero Juzgo, Ley 15, título 1°, libro II se habla de los mandaderos de Paz y avenidores, pero estos funcionarios no eran una institución permanente, sino que fueron nombrados en cada caso por el rey para avenir y conciliar los pleitos que éste les indicaba determinadamente. Consecuentemente en el siglo XVIII, la conciliación fue incorporada permanentemente, como un medio de solución de conflictos; este proceso de incorporación fue progresivo, a tal punto que en países tales como Francia y España, se declaró su obligatoriedad antes de impetrar cualquier acción civil (Bernate, 2000).

La mediación como método de resolución de conflictos no tiene un nacimiento preciso, más bien evoluciona históricamente, aparece en distintos escenarios y por distintas causas, como por ejemplo la desconfianza en el sistema judicial y su congestión, así como, la búsqueda de una decisión más personal y social, hasta consolidarse como una solución alternativa a la vía judicial. Ya en la Edad Moderna la mediación es usada principalmente en el Derecho Internacional y más adelante se consolidan estos principios en la Convención de la Haya de 1907 sobre solución de controversias internacionales y, es a mediados del siglo XX que la mediación se afianza tal como la conocemos y aplicamos actualmente. Finalmente se señala que a través del tiempo la mediación tiene una particularidad y es que cualquier conflicto se solucionaba "acudiendo a un tercero con autoridad reconocida por las partes intervinientes para que éste pudiera ayudar a los afectados por el problema a solucionarlo de forma pacífica, sin necesidad de acudir a instancias ajenas al propio grupo al que pertenecen" (Miranzo de Mateo, 2010).

A partir de lo expuesto, es pertinente determinar que no se puede encontrar un concepto de la mediación que resulte universal en su totalidad, justamente por su origen y desarrollo disperso, es por ello que, es común encontrarse con conceptos que lo que hacen es aludir a las características y elementos de la mediación para armar un concepto que pueda dejar claro a lo que se refiere este método alternativo de solución de conflictos. Debido a la subjetividad y amplitud de estos indicadores resulta pertinente retrotraerse a una fuente más certera que la doctrina, a la definición de la palabra misma, esto es la etimología y la lengua antigua.

Este término nace del verbo mediar del latin *mediare* que se encuentra definido en Diccionario de la RAE (2021) como "Participar o intervenir en algo" y "actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio", quién lo hace es denominado *mediatoris* en latín y en el Dictionnaire étymologique de la langue latine (1979) se expresa que "quien se encuentra en medio, al intermediario, a lo que está en medio en sentido local y temporal, y por consiguiente también en sentido moral, a lo que no se inclina ni a un lado ni a otro, a lo indiferente, a lo indeterminado".

Con lo expuesto se reafirma que en la mediación además de los sujetos que tienen el conflicto interviene otro actor; un tercero independiente, imparcial y neutral, que pretende guiar a las partes en la negociación de sus pretensiones, denominado mediador (Bernate, R. 2000). Neutral hace referencia a que "el mediador debe tomar parte a favor de todos y desde aquí trabajar para que el proceso sea equitativo" (Generalitat Valenciana-Consellería de Cultura,

2016). Es decir, que no exista una circunstancia que le haga inclinarse por una parte en especial. Imparcial e independiente hace referencia a que el mediador no debe tener ninguna relación con el problema o conflicto, para que de esta forma las partes lo perciban como "una figura que les va a ayudar a encontrar un acuerdo, pero nunca como un enemigo ni tampoco como un aliado" (Quiroga, M. G. 2015), esto se vincula con la voluntariedad de las partes en acudir al mediador y embarcarse en un proceso de mediación.

Como señala Marlene Cano (1992) no tiene la facultad de proponer fórmulas de arreglo a las partes, sino que estas de forma libre, pacífica y voluntaria, como describe Mario Jaramillo (1996), son quienes hallan la solución al conflicto. Todo esto explica porque para Andrew Floyer (1993) la mediación logra que las partes lleguen a la mejor solución posible del conflicto porque se toman en cuenta sus necesidades e intereses y por lo mismo van a terminar satisfechas con el proceso y la solución.

Para un mejor entendimiento de lo que engloba la mediación se señalan los elementos que para Puy Muñóz (2007) son esenciales en la construcción de una definición de la mediación "1) un proceso transformativo 2) de comunicación circular 3) que coloca a las personas descentradas en su centro 4) y ordena el fluir de los conflictos que los enfrenta 5) al hallazgo de la misma cosa justa, 6) evitando la recaída en la espiral de la venganza". Además, el autor define con una visión más jurídica que la mediación es "un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos con un acuerdo justo y legal, obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria, y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva" (Puy Muñoz, 2007).

Finalmente, por el contexto de este trabajo, es necesario enunciar la definición que la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador manifiesta sobre la Mediación en su artículo 43: "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" (Congreso Nacional, 2006).

1.2 Formas de solución de conflictos

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos como conjunto de formas de solución de conflictos se pueden organizar en dos grandes grupos, los mismos que se subdividen según las características distintivas de cada uno. Estos dos grandes grupos se denominan Medios de autocomposición y de heterocomposición. El primero de

autocomposición se refiere a aquellos medios en los que las partes en conflicto usan mecanismos para manejar solos los conflictos. En cambio, los medios de heterocomposición son aquellos en los que para solventar los conflictos hay un tercero que ayuda a las partes a hacerlo (Bernate, R. (2000)).

En cuanto a su subclasificación encontramos en los medios de autocomposición;

Construcción de Consensos	Ya es considerado como tal un mecanismo alternativo y se usa frecuentemente en la deliberación pública misma en la que se visualiza un conflicto desde distintas aristas para llegar a acuerdos
Comunicación	comúnmente relacionada con mecanismos de transparencia, rendición de cuentas, etc. por lo que sirven para prevenir conflictos ya que más del 90% de conflictos se dan por falta de comunicación
Negociación	en esta no hay un tercero que resuelva, más bien yo como sujeto tengo un conflicto y promover una comunicación con el otro para resolver
Justicia Comunitaria	Su objetivo es atender las necesidades particulares de algún grupo dependiendo de diversas circunstancias lo que hace que las soluciones nazcan de esa misma comunidad

Tabla 2. Medios de autocomposición. Elaboración propia

Dentro de los medios de heterocomposición:

Facilitación del diálogo	Existen dos bandos que aparentemente tienen posiciones diferentes y aparece aquí un tercero que simplemente facilita el diálogo, promueve espacios adecuados en los cuales las partes puedan comunicar intenciones,

	intereses, valores, percepciones, porque estas serán las bases para una negociación
Consulta o Investigación	Aquí se usa un dictamen pericial, es decir un criterio técnico, científico, neutral y objetivo sobre algún tema en específico, así el consenso viene después para gestionar que no vuelva suceder y es un método muy utilizado en Derecho Internacional Público
Mediación	Obligatoriamente existe un tercero imparcial que a pesar de que tenga una postura no refleja tal en la mesa, es decir no puede proponer una solución, más bien busca conversación en un marco constitucional de derechos que logra transar intereses y satisfacerlas juntamente con las necesidades de las partes
Conciliación	A diferencia de la Mediación aquí el conciliador (tercero) si puede proponer o dar opciones de solución por lo que conduce más activamente el debate
Justicia Indígena	Es indispensable tomar en cuenta el saber hacer propio de las comunidades indígenas, de modo que se permite desde la flexibilidad, encontrar soluciones concretas para el grupo al cual va dirigida
Jueces de Paz	Es Juez en última instancia quien decide cómo se va a resolver, pero se usan mecanismos de mediación
El Arbitraje	Conocido como juicio privado que puede ser en derecho o equidad y permite la resolución de una controversia que previamente ha sido aceptada por las partes implicadas, además debe haber un tercero (árbitro) que puede ser elegido por las partes

Tabla 3. Medios de heterocomposición. Elaboración propia

(A. Bustos, Comunicación personal, Cátedra Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Universidad del Azuay, 2021).

Las distintas clasificaciones pueden llegar a resultar un tanto confusas a la hora elegir la alternativa más adecuada para un conflicto y de brindar seguridad con respecto a los efectos de la misma. Es por ello que se tomarán en cuenta como métodos alternativos de solución de conflictos a aquellos que son reconocidos por la legislación en cada estado Estados como instrumentos o procedimientos extrajudiciales (Chica Castro, 2016).

1.3 Efectos de la Mediación

La mediación, así como el resto de los métodos alternativos de resolución de conflictos debe tener en cuenta varios elementos, por consecuencia existen varias estrategias que pueden ser usadas en el transcurso de la mediación cuyo objetivo es que el proceso de mediación y sus resultados sean los óptimos. Todas estas estrategias se encuentran agrupadas en modelos de mediación, los tres modelos específicos más extendidos son: Modelo tradicional Lineal (Harvard), Modelo transformativo de Bush y Folger y, el Modelo circular-narrativo de Sara Cobb (Gonzales Morales et al., 2018). A pesar de que el objetivo común de estos modelos de mediación es el mismo (solucionar un conflicto) los efectos de la mediación van a variar según el modelo usado. González Morales et al., explican que por ejemplo en el modelo de Harvard los acuerdos a los que llegan las partes no producen ningún cambio en su relación ya que estos solo se comprometen a dejar de hacer algo que hacían. Sobre el modelo transformativo señalan que su meta es modificar la relación entre las partes, así no se llegue concretamente a un acuerdo, se centra más en lograr una "transformación de las relaciones". En cuanto al Modelo circular-narrativo afirman que este pretende que las partes lleguen a un acuerdo sobre su conflicto, pero, además, que sus relaciones se modifiquen para mejor (2018).

Con relación a los efectos jurídicos que produce la mediación de forma amplia se determina que la resolución concretada en un acuerdo tiene un valor legal, en consecuencia, es necesario remitirse a lo dispuesto en la legislación ecuatoriana. En el Código Orgánico General de Procesos (2015) en su artículo 294 numeral 6 se hace referencia al acta de mediación en la que conste un acuerdo total, misma que el juez incorporará al proceso para darlo por concluido, es decir se da tal importancia a la misma que se equipara su resolución a la de a una sentencia expedida por un juzgador que pone fin al proceso, es decir va a tener la cualidad de cosa juzgada

por considerarse una sentencia definitiva. También se considera al acta de mediación como un título de ejecución según el Art.363 numeral 3 del mismo Código.

Cabe recalcar que se habla de un acta que se da por una derivación, en general se puede dar en cualquier parte del proceso, incluso cuando ya exista sentencia, pero que ésta no sea ejecutada. Es pertinente también analizar que en los únicos casos en los que esta acta no tiene el carácter de cosa juzgada o sentencia ejecutoriada es en casos de familia, mujer y niñez, puesto que, los derechos de los niños nunca pueden ser renunciados, el juez debe revisar y garantizar que no haya violación o transgresión de derechos, que se encuentre dentro de un marco normativo constitucional que no se pase por alto los derechos de los niños y en ese momento el acta será ejecutoriada (A. Bustos, Comunicación personal, Cátedra Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Universidad del Azuay, 2021).

Durante el proceso de mediación pueden existir dos escenarios, o se logra llegar a un acuerdo o nace un desacuerdo, entonces ¿en qué termina? pues para poner fin a la mediación se reconocen tres tipos de acuerdos: Acuerdo total, Acuerdo parcial e Imposibilidad de mediación o imposibilidad de acuerdo.

En el Acuerdo total se llegan a solucionar todos los puntos del conflicto y se envía al juzgado para que se cierre el proceso, no se archiva ni se abandona, se termina. En cambio, en el Acuerdo parcial existen puntos sobre los que se llegó a acuerdos y otros sobre lo que no se pudo resolver por falta de acuerdos, son estos los que el juzgador debe resolver.

Finalmente, el peor escenario es la Imposibilidad de mediación, aquí las partes no asisten y no se puede lograr la mediación; y la imposibilidad de acuerdo es aquella situación en la que no se logra un acuerdo, ni total ni parcial, por varias razones pero la voluntariedad de las partes es un elemento fundamental, simplemente el ambiente de la mediación no es el adecuado para generar acuerdos (A. Bustos, Comunicación personal, Cátedra Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Universidad del Azuay, 2021).

El COGEP en su Art.153 numeral 10 determina que el Compromiso de mediación se considera como una excepción previa y hace alusión a los tres tipos de acuerdo.

> Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes:
>
> 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación (Asamblea Nacional, 2015).

Por tanto, el Juez se inhibe de conocer la causa; solo puede conocer cuando exista:

- Imposibilidad de mediación: como es voluntario, pese a que se pactó, pero una de las partes no acude, entonces hay imposibilidad de mediación.
- Imposibilidad de acuerdo: se solicita que las partes medien, pero no se llegó a un acuerdo
- O acuerdo parcial.

1.4 Ventajas y desventajas de la Mediación

Existen percepciones tanto positivas como negativas sobre la mediación, para algunos no hay nada mejor que el sistema judicial ordinario y para otros es un sistema con varias falencias, sea cual sea la posición, la mediación como lo expresa Claudia Matute, al igual que otros métodos alternativos no pretende suplantar al sistema de justicia, sino complementarla, ser una herramienta de soporte para la justicia ordinaria (2003). Gustavo Jalkh de igual manera expresa que "no podemos pensar nunca que la mediación tiene que reemplazar a la Función Judicial o al sistema de justicia, el uno y el otro se alimentan y se fortalecen" (Castillo, R. B. (2018).

Para poder tener una opinión más objetiva, es necesario determinar cuáles son tanto los beneficios como los obstáculos de la mediación y así realizar un análisis en el que se ponga en una balanza estas características y poder concluir con certeza la importancia de su aplicación.

Para Castillo (2018) las ventajas de la mediación se pueden resumir en doce particularidades que desarrollarán a continuación.

Agilidad	Resulta que en la vía judicial los procesos se dilatan en un tiempo largo, en la mayoría de los casos duran varios años, por lo que pueden resultar penosos para los usuarios, por el contrario la mediación puede requerir una sola sesión para concluirse, con un ganar-ganar para las partes
Económica	Ya que, por su dinámica, ahorra dinero, tiempo, energías, pero sobre todo evita la carga emocional y previene que exista un nuevo conflicto

Adaptabilidad	Las necesidades e intereses de las partes son tomados en cuenta a lo largo del proceso de mediación para buscar la mejor solución posible
Justa y neutral	Al convenir mediante un acta, se entiende que, con la ayuda de un mediador justamente neutral e imparcial, ha sido justa y se ha acogido a la neutralidad de las partes
Democrática	Los sujetos intervinientes tienen la facultad de tomar la decisión más adecuada y acertada a sus intereses de manera libre y voluntaria
Definitiva	El acta, donde se plasma el acuerdo suscrito por las partes como constancia de lo convenido, es considerada como una sentencia judicial.
Se desarrolla en un ambiente de respeto	En el proceso el mediador juega un papel significativo, para mantener la cordialidad y el respeto y evitar que se transgreda el derecho y honra de las partes. Esto logra además que la relación de los individuos no se rompa, más bien logra consolidarla
Realizada por un profesional, neutral	Esto hace que las partes tengan seguridad sobre las soluciones a las que lleguen y su eficacia ya que fueron guiadas por un especialista
Accesibilidad	Cualquier persona sin distinción de ninguna naturaleza, puede hacer uso de la mediación
Alivio de carga a los tribunales de justicia	No es novedad que el sistema de justicia se encuentra saturado y antes de que se siga un proceso judicial en el que se usen recursos del sistema la mayoría de los casos planteados pueden ser resueltos en mediación

Fomenta una cultura de aprendizaje y paz	Además de aprender a solucionar sus problemas, impulsan a otras personas a acudir a los centros de mediación y se tiene más población con otra visión sobre los conflictos, una en la que ambas partes puedan ganar
Restablece el diálogo	Muy ligado al punto anterior ya que se requiere modificar como la percepción agresiva y de ganar-perder que se tiene del conflicto por creatividad y autonomía para su solución, tomando en cuenta las necesidades del otro.

Tabla 4. Ventajas de la mediación. Elaboración propia

A estos doce puntos a favor se puede agregar algunos principios que legitiman aún más a la Mediación como un medio alternativo de solución de conflictos, como una herramienta confiable y capaz de resolver conflictos jurídicos. El primero es la Efectividad que hace referencia al acta con carácter de sentencia de última instancia con efecto de cosa juzgada. Segundo, la equidad relacionada con la legítima aplicación del derecho y justicia para satisfacer los intereses de las partes. En tercer lugar, la Inmediación que es el contacto directo con las partes y el mediador, este se complementa con el carácter personal del proceso de mediación. Otro principio es la Confidencialidad por el hecho de el procedimiento es reservado y por último la celeridad que alude a la agilidad tanto temporal como procesal dentro de la mediación (A. Bustos, Comunicación personal, Cátedra Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Universidad del Azuay, 2021).

El punto débil del sistema de mediación es que en ciertos casos “no todas las leyes de mediación autonómicas han desarrollado el Reglamento, por lo que el Registro está proyectado en las Leyes, pero vacío de contenido” esto hace la mediación no sea una opción eficaz ni eficiente si no que se crea otro problema (García, 2011). Queda claro que la mayoría de estos límites tienen relación con la administración estatal y no con la mediación como tal. El objetivo de contar con alternativas es que el sistema de administración de justicia se modernice fortaleciendo a la institucionalidad, brindar servicios de calidad a los ciudadanos y resolver los problemas de este.

Para esto, como manifiesta Macarena Vargas (2008) es necesario no sólo optar por aumentar la capacidad del sistema judicial para resolver conflictos, más bien se debe adaptar el modo en que el sistema los resuelve.

1.5 De los conflictos familiares: Tenencia, pensiones alimenticias y régimen de visitas

Según la página de web del Consejo de la Judicatura, los casos que se pueden resolver en mediación en materia de Familia son: a) Fijación, aumento o disminución de pensiones alimenticias b) Alimentos congruos c) Régimen de visitas d) Alimentos para mujer embarazada e) Fórmula de pago de liquidación de alimentos f) Tenencia (por derivación judicial y con informes técnicos) (Consejo de la Judicatura, 2021). A estos temas se los conoce como materia transigible, es decir todos aquellos temas sobre los que se puede llegar a un acuerdo, por otro lado, hay ciertos temas que están limitados en base a los derechos humanos que por su naturaleza inherente al ser humano son irrenunciables, y tienen como objetivo principal proteger a su titular, son aquellos sobre los que no se puede mediar (Vargas Pavez, 2008).

La tenencia "es una institución que tiene como finalidad que el juez en ejercicio de su autoridad ponga en cuidado el hijo a uno de los padres al encontrarse estos separados, teniendo en consideración el interés superior del niño y las condiciones favorables para el pleno goce de sus derechos" (Valencia, M, et al., 2017). El Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en su art.291 determina que el auto resolutorio en el que se resuelva sobre la tenencia obligatoriamente, como motivación de la misma, debe tomar en cuenta la posición del niño, niña o adolescente. Se considera lo más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia según lo determinado en el art. 118, esto es confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, pero sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad. Una característica significativa de la Tenencia es la que se encuentra contenida en el Art. 119, se refiere a que las resoluciones sobre Tenencia no causan ejecutoria por lo que el "Juez podrá alterarlas en cualquier momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia" (Congreso Nacional, 2003).

Ahora bien, ¿qué pasa con el padre de familia que no tiene la tenencia del menor? Pues es por esta interrogante que la legislación prevé un régimen de visitas. Valencia define a las visitas como:

> un lapso determinado y exclusivo, para que en ese tiempo los progenitores compartan con sus hijos, a fin de que no se pierda la relación paterno filial, la comunicación cuidado y recreación que tienen los hijos con ambos padres para un mejor desarrollo de los niños y adolescente, y que asuman los progenitores su rol de padre o madre según el caso, para que el niño no sienta abandono de uno de ellos (2017).

Este es un derecho irrenunciable y no es susceptible de convenio, pero su regulación y su ejercicio si pueden ser mediadas y pueden ser resueltas por medios alternativos de solución de conflictos, considerando la decisión del menor, generalmente desde los 10 años en adelante siendo el Juez quién a su criterio y relacionado al art. 123 del Código de la niñez y adolescencia en el que se señala que se debe tomar en cuenta los informes de oficina técnica y como se han cumplido las obligaciones parentales deberá validar la audiencia reservada que ha tenido con el niño, niña o adolescente.

Además, se debe señalar que el Juez está obligado a regular, cuando se confíe la tenencia o ejercicio de la patria potestad como se señala en el Art. 122 del Código y esta se regulará según lo dispuesto en el artículo siguiente. Adicional a eso en el mismo Código se determina en su Art. 9 que hasta que se resuelva se fijará una pensión provisional de acuerdo con la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas. La Tabla de pensiones alimenticias mínimas es expedida por el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), que, con base a los criterios técnicos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia, indica que la misma debe actualizarse en función del nuevo Salario Básico Unificado establecido para el año 2022; así como a la inflación anual de 1,94%. Todo esto con el objetivo de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y es menester que la Tabla de Pensiones Alimenticias mínimas se mantenga los porcentuales fijados en el año 2021, para la aplicación y el análisis de casos por los jueces competentes (Acuerdo Ministerial Nro. MIES-2022-005).

En el caso del Derecho de alimentos son los niños, niñas y adolescentes y adultos hasta los 21 años que se encuentren estudiando, los titulares del mismo por lo que pueden exigir a sus progenitores que se les brinde los “medios adecuados para satisfacer sus necesidades básicas como alimentación, educación, salud, cuidado, vestuario, vivienda, transporte, cultura, recreación, deportes, entre otros” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Valencia (2017) señala que en el Ecuador se tiene una ventaja al momento de resolver un problema legal de índole alimenticio ya que la legislación es flexible en cuanto a la utilización

de los MASC en especial la mediación, y es que así se logran soluciones que benefician al alimentante y alimentado, no solo llegando a un acuerdo sino que en el proceso construyendo una nueva relación entre las partes que sin duda beneficiará al hijo o hija de familia.

Capítulo II

La Mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones Latinoamericanas

2.1 Chile

El derecho chileno ha sido un referente importante para el derecho ecuatoriano desde sus inicios, especialmente en el ámbito civil al ser su Código Civil, documento legal reconocido en América Latina por su completitud y clara organización, trasladado a nuestra legislación, convirtiéndose así en el cuerpo normativo central para la codificación de las demás ramas del derecho en el país. Es por esta semejanza y cercanía jurídica que tomar en cuenta la experiencia de Chile con relación a la mediación prejudicial obligatoria en materia de familia aporta sustancialmente al objetivo de este trabajo de investigación.

En 2004 Chile promulgó la Ley 19.968 que crea los Tribunales de familia, misma que en su título V trata sobre la Mediación familiar en trece artículos que abarcan la definición de mediación, sus principios y se determina la forma en la que la misma se va a desarrollar tomando en cuenta los elementos sustanciales que este proceso acarrea, mismos que se explicarán durante el desarrollo de este acápite.

En este ordenamiento jurídico donde predomina la adjudicación de derechos se busca una alternativa ya que según Macarena Vargas “nuestro ordenamiento carece de una respuesta específica” (2008) para los conflictos familiares debido a que por la naturaleza de los mismos y las relaciones que están en juego se deben tratar de forma especial y el sistema actual resulta inadecuado para resolver los conflictos familiares. La familia al ser el núcleo de la sociedad debe apuntar a que sus miembros tengan relaciones sólidas y amistosas, esto repercute en una sociedad segura que promueve una cultura de paz. Para obtener estos resultados, cuando surge un conflicto familiar se debe optar por soluciones cooperativas donde se privilegie la participación directa de los involucrados, y de esta manera se logre mitigar los niveles de confrontación y por ende mejoran los niveles de bienestar social, que por el contrario, las soluciones de tipo suma cero, en lo que uno gana el otro lo pierde, propias del sistema de adjudicación de derechos no contribuyen al ejercicio compartido de los roles parentales sino que tiene una clara confrontación donde existe un vencedor (Vargas Pavez, 2008).

En los conflictos familiares de alimentos, régimen de visitas y tenencia se involucran derechos tanto de los niños, niñas y adolescentes como de los progenitores, sin embargo, al

final todos tienen el objetivo de cuidar al menor. Es por esto que es importante tener en cuenta las relaciones parento filiales ya que si bien pueden existir problemas entre los progenitores son sus hijos quienes inevitablemente se van a ver envueltos en medio del asunto y se verán afectados sobre sus decisiones. La Convención de Derechos del Niño ratificada por Chile en 1990, ha dado paso a una serie de modificaciones en normas relativas a la consideración del interés superior del niño, de igual manera en la Constitución del Ecuador se refleja el principio de interés superior del niño en el art. 44 que determina que "sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas" (2008).

Vargas Pavez (2008) explica que las relaciones familiares son cambiantes porque con el paso del tiempo se generan nuevas necesidades y situaciones vitales que se deben satisfacer, por lo que las respuestas a los conflictos familiares no pueden ser estáticos ni estandarizados, si no que de acuerdo con las circunstancias de cada caso se debe realizar evaluaciones y ajustes, que contengan además planes de prevención, es decir lo opuesto al sistema de justicia ordinario.

El artículo 105 de la Ley 19.968 de Chile (2004) establece seis principios de la mediación en los tribunales de familia y atribuye al mediador la responsabilidad de velar por el cumplimiento de estos que se analizan a continuación.

a) Igualdad: en virtud del cual el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación (Congreso Nacional, 2004).

La igualdad de condiciones de las partes no se relaciona solamente con la igualdad de todos ante la ley, el trasfondo de esto es que se pueda tener un proceso de mediación y un acuerdo que realmente sea beneficioso para ambas partes, sin un ganador y un perdedor, en el que ninguno de los dos acepte un acuerdo por presión, miedo o desconocimiento y se cumpla el objetivo de mejorar la relación entre las partes.

b) Voluntariedad: por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión, o en cualquier otro momento durante el procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada (Congreso Nacional, 2004).

Es necesario recalcar que aquí se toma a la voluntariedad con respecto a la actuación de las partes dentro del proceso de mediación y para aceptar o no un acuerdo más no la voluntad de las partes para comenzar el proceso. Es así que este principio se ve plasmado en el artículo 111 sobre el Acta de mediación que determina que:

> Si la mediación se frustrara, también se levantará un acta en la que se dejará constancia del término de la mediación, sin agregar otros antecedentes. [..] Se entenderá que la mediación se frustra si alguno de los participantes, citado por dos veces, no concurriere a la sesión inicial, ni justificare causa; si, habiendo concurrido a las sesiones, manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación, y, en general, en cualquier momento en que el mediador adquiera la convicción de que no se alcanzará acuerdos (Congreso Nacional, 2004).

c) Confidencialidad: por el cual el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. [...] Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención (Congreso Nacional, 2004).

Dentro de este principio queda claro que el interés superior del niño está por sobre los intereses de las partes.

d) Imparcialidad: lo que implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda (Congreso Nacional, 2004).

Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.

Este principio se relaciona con la igualdad de condiciones de las partes para que ninguna se vea afectada ni por la relación entre sí, ni por un tercero.

e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre por que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación (Congreso Nacional, 2004).

Los niños, niñas y adolescentes son considerados un grupo de atención prioritaria y por ende de protección por lo que es necesario que no se caiga en una especie de revictimización dentro de los conflictos y a la vez hacerlos parte de una decisión que los afecta directamente.

f) Opiniones de terceros: en virtud del cual, el mediador velará por que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar (Congreso Nacional, 2004).

Ahora bien, en cuanto a la mediación prejudicial obligatoria la Ley 19.968 determina en el Artículo 106 como mediación previa, voluntaria y prohibida y establece que "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" (Congreso Nacional, 2004).

Se establecen tres conflictos en los que en cualquier situación en la que se encuentren las partes deben, de forma obligatoria a someterse a un procedimiento de mediación previo a iniciar un proceso judicial, el derecho de alimentos igual que la pensión alimenticia en Ecuador y el de mantener una relación directa se asemeja al régimen de visitas. Se hace una especial mención al derecho de alimentos en su Artículo 109- Reglas especiales sobre la mediación en causas relativas al derecho de alimentos- establece que:

El mediador, en la primera sesión, deberá informar al alimentario de su derecho de recurrir en cualquier momento al tribunal para la fijación de alimentos provisorios. De esta actuación deberá dejarse constancia escrita firmada por el mediador y las partes.

> Sin perjuicio de lo cual, las partes podrán adoptar directamente un acuerdo sobre la materia (Congreso Nacional, 2004).

¿Qué pasa si el alimentante no comparece? ¿el alimentado se queda indefenso? Se establece que como en este caso como se trata de un derecho vital para la supervivencia y desarrollo del niño, si el requerido, citado por una sola vez, no acude a la primera sesión de mediación y no justifica su ausencia, el requirente quedará habilitado para iniciar el procedimiento judicial (Congreso Nacional, 2004).

En el segundo inciso se promueve de igual manera la mediación como alternativa ya que se determina que las demás materias podrán ser sometidas a mediación si así lo acuerdan o lo aceptan las partes. Además, en este artículo se determinan prohibiciones de mediación como por ejemplo en casos de Violencia Intrafamiliar.

De acuerdo con el proyecto de ley original de Tribunales de Familia tanto la mediación obligatoria como la voluntaria se insertaba dentro del marco de un proceso judicial. La primera operaría por un mandato legal, en virtud del cual el tribunal debe ordenar a las partes a concurrir a una sesión inicial de mediación para recibir información completa sobre el proceso y ejercer luego una opción plenamente informada (Vargas Pavez, 2008). Lo que se busca es la practicidad tanto para el sistema judicial como para los usuarios, por lo que adjudicar esta tarea de papeleo resulta absurdo para cumplir con el objetivo de reducir la carga de trabajo de los tribunales y, en su lugar se crea otro proceso burocrático que limita el acceso a una justicia de calidad. Como se establece en el art.111 más que un proceso extrajudicial previo y obligatorio se toma como un requisito previo en el que se suspende el procedimiento judicial en sí hasta llegar un acuerdo y cerrar el proceso o de no haber acuerdo continuar con este.

Lo expuesto se relaciona directamente con otro elemento controversial, la obligatoriedad. Este proyecto de Ley consistía solo en concurrir a una primera sesión de carácter informativo a cargo de un profesional capaz de explicar con detalle el proceso y resolver todas las dudas que surjan. Entonces, en realidad no se trata de obligar a las partes a mediar sino de presionar a las partes a considerar la mediación como una opción antes de iniciar un proceso. Lo que se busca con la mediación extrajudicial obligatoria es proponer la imposición de un requisito previo y fuera del ámbito judicial para recurrir al órgano de justicia en el que el principio de voluntariedad se refleja en el aspecto global del proceso de mediación, esto quiere decir en la

posibilidad que tienen los involucrados de continuar con el con el mismo en cualquier estado de sí mismo y la facultad de aceptar o no el acuerdo.

Como explica Gómez (1999) la voluntariedad no solo se agota en la decisión de acceder al proceso, es así como el principio toma importancia dentro del proceso de mediación con una actitud colaborativa para que esta se desarrolle fructíferamente, además la voluntad de las partes también se mantiene íntegra con respecto a la decisión de continuar o no con la mediación. Por el contrario, Vargas Pavez (2008) considera que esta doble dimensionalidad de la voluntariedad se debe valorar por igual, en consecuencia no darle a la persona la facultad de decidir acceder a él basta para que este principio se vea afectado.

Se puede justificar esta imposición de iniciar la mediación en base a la clasificación de la mediación que nos da Moore (1995):

> (a) por iniciativa directa de las partes, sea de una de ellas o ambas de común acuerdo;(b) por remisión de participantes secundarios, entendiendo por ellos quienes no siendo partes directas están interesadas en la resolución de conflictos, como, por ejemplo, familiares, amigos, vecinos o cualquier otra persona a quien pueda beneficiar la solución del conflicto; (c) por iniciativa directa del propio mediador; (d) por designación realizada por una autoridad (Moore, 1995).

En esta última se encontrarán aquellos procesos que se inician por una cláusula contractual, por orden del tribunal o por la sugerencia del juez y se sumaría la autoridad de la ley sin que esto signifique que la mediación sea eficaz.

El Ejecutivo en Chile para la incorporación de este requisito obligatorio toma en cuenta varios elementos, entre ellos nos interesa uno en particular. Este explica que en Chile no había (ni hay aún) una cultura instalada que reconozca el valor de las soluciones cooperativas, en general, y de la mediación, en particular, por lo que era necesario establecerla como una etapa previa y obligatoria al juicio con el fin de darla a conocer a la ciudadanía. Lo mismo sucede en Ecuador, a pesar del reconocimiento de la mediación en la Constitución de la República y la creación de centros de mediación no se ha logrado que la población por sí sola acceda a esta herramienta para resolver sus conflictos como primera opción ante el sistema de justicia ordinario, para crear una base sólida de cultura de paz en la sociedad se necesita un impulso

mayor, es así que tendría igual sentido que se implemente esta alternativa de política pública en el país.

A juicio de Juan Enrique Vargas (2002) existen tres grandes justificaciones para el establecimiento de estos métodos: (a) aumentar el acceso a sistemas de resolución de conflictos para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, principalmente aquellos que afectan a los sectores más pobres; (b) descargar de trabajo a los tribunales haciendo más eficiente su gestión y (c) mejorar la calidad de soluciones a través de una mayor participación de las partes. En concordancia con lo expuesto, Peña afirma que los medios alternativos de resolución de conflictos "poseen importantes ventajas para una política de justicia que desee ser eficiente y socialmente adecuada" (1996).

Por último, en un contexto de justicia política, acceso universal, mejor calidad de vida y una sociedad de paz y equidad un elemento central es la gratuidad y el tiempo invertido por los usuarios. El proyecto de ley de 1997 contemplaba además que tanto la mediación obligatoria como voluntaria sería gratuita, sin importar el nivel socioeconómico de las partes. Según el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (2003) la mediación sería de cargo de las partes, a menos que contaran con un informe favorable que las eximiera del pago, es así como al final en el art.114 se establece un sistema mixto de costos. Por otro lado, en el Artículo 110 se establece que el proceso de mediación no podrá durar más de sesenta días.

2.2 Argentina

En Argentina la Ley 24.573 en 1995 fue pionera en incorporar la mediación prejudicial obligatoria al ordenamiento jurídico en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal "Sustituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio" (Congreso de la Nación Argentina, 1995). La regulación más reciente de la misma fue en 2010 en Santa Fe con la Ley 13.151 que instaura la mediación prejudicial obligatoria en temas civiles y comerciales, esto incluye conflictos relacionados al derecho de familia, mismos que son de interés en este análisis por lo que para un análisis más ordenado y cercano temporalmente la tomaremos de referencia.

Jurídicamente esta Ley -13151- tiene relevancia ya que no solo se limita a instituir a la mediación como instancia previa obligatoria a la iniciación de un proceso judicial, sino que

declara, en su primer artículo, de interés público la "utilización, promoción, difusión y desarrollo de métodos no adversariales y desjudicialización de resolución de conflictos" (Legislatura de la Provincia de Santa Fe, 2010). De esta manera se atribuye relevancia a la política pública con fin social y a los servicios públicos de calidad que resulten en un bienestar social general y contribuyan a la descarga de trabajo de los tribunales de justicia, "no solo como una instancia previa al proceso judicial, sino como una herramienta de acceso a la justicia que cumple con las garantías constitucionales, para la efectiva y eficaz resolución de conflicto entre las partes" (Agüero E, 2020).

Ahora, si bien la ley no es taxativa, en su artículo 4 determina una lista de causas en las que no se aplicará este requisito, las excepciones relacionadas al derecho de familia son 1) causas de violencia familiar 2) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, patria potestad, filiación, adopción y alimentos provisorios (Legislatura de la Provincia de Santa Fe, 2010). Se corrobora, en el artículo siguiente, que en los demás conflictos o asuntos derivados del derecho de familia "el requirente deberá llevar a mediación previa obligatoria todos aquellos temas que refieran a cuestiones que no estuvieran expresamente excluidas de la presente ley; en su defecto el juez, previo a todo trámite, deberá remitir estos temas a la instancia de mediación" (Legislatura de la Provincia de Santa Fe, 2010).

Con respecto a la institución de la mediación como requisito obligatorio y previo, se establece un procedimiento separado de los tribunales de justicia, en el que el proceso de mediación no está a cargo de los Tribunales ni de los jueces y en el que la responsabilidad de llevar a mediación los conflictos recae sobre el requirente. Por lo tanto, los jueces de manera excepcional serán quienes resuelvan remitir estos temas a mediación en dos situaciones:

1) de ser un requisito faltante en la demanda, ya que según se establece en el inciso último del artículo 130 "el escrito de demanda será acompañado del acta de finalización del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria" (Legislatura de la Provincia de Santa Fe, 2010). Es así que el acta de imposibilidad de acuerdo parcial habilita la instancia judicial correspondiente de acuerdo a lo planteado en el art.22 de la misma Ley.
2) En concordancia con el artículo 139 numeral 4 cuando se haya planteado la "falta de cumplimiento del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria" como excepción previa.

Este procedimiento de mediación extrajudicial obligatoria y previa se define en 17 artículos que se analizan a continuación.

Art. 7 “el requirente formalizará su petición, con patrocinio letrado [...] a través de un formulario” y posteriormente se sorteará un mediador. En este punto surge la duda de si la idea de promover una alternativa para la resolución de conflictos que sea de fácil acceso para todos y con el objetivo de buscar soluciones más justas y bajo las mismas condiciones es compatible con la necesidad de un abogado patrocinador para la presentación del formulario. A esto debemos añadirle el hecho de que si bien Argentina cuenta con un sistema de regulación de tarifas honorarias “JUS” al tener que pagar por la mediación cómo se manifiesta en el art.30 ya constituye un doble gasto. Por otro lado, se debe manifestar que también existe la posibilidad de brindar asistencia jurídica gratuita y servicio de mediación gratuito, según el art.32 “a quien justifique no poder afrontar los gastos que demande el procedimiento previsto en la presente ley” (Legislatura de la Provincia de Santa Fe, 2010).

De forma resumida el proceso extrajudicial comienza cuando El abogado de la parte que tenga interés en iniciar el proceso complete el cumplimiento de los requisitos y verificados en la institución correspondiente se sorteará un “juzgado” y mediador. Luego de ello, se le entregará al abogado de la parte el formulario donde consta la designación del mediador. Dicho formulario, debe ser entregado al mediador sorteado junto con la declaración jurada de datos. Luego de notificado el mediador, éste deberá fijar fecha de audiencia la que será notificada a las partes para su comparecencia personal que es obligatoria.

Posteriormente el mediador celebrará las audiencias necesarias, de cuya realización se labrará acta en todos los casos, dejándose constancia de la comparecencia o incomparecencia de las partes, sus notificaciones y la designación de nuevas audiencias. Finalmente, si las partes no arribaran a un acuerdo, también se labrará acta donde conste tal resultado, cuya copia deberá entregarse a las partes, y en este punto el reclamante quedará habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente, acreditando el cumplimiento de la instancia de mediación con las actas emitidas oportunamente (Mediación Prejudicial Obligatoria| Provincia de Buenos Aires, 2021).

En este punto vale la pena citar textualmente la reflexión de Agüero (2020) sobre la constitucionalidad de la mediación obligatoria:

> la doctrina entiende que para que una ley de mediación obligatoria sea constitucional, la organización y funcionamiento de la instancia de mediación y los mediadores, deben radicarse en la esfera del Poder Judicial y no depender del Poder Ejecutivo, ni pertenecer a su órbita puesto que esto último importaría una violación de la división de poderes (art.109 C.N.). Asimismo, la etapa mediadora previa debe ser breve y no demorar demasiado tiempo la iniciación del proceso judicial en caso de que ésta haya fracasado; puesto que una demora excesiva en el acceso a la justicia vulneraría el derecho a la jurisdicción tutelado implícitamente por la Constitución y explícitamente por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. La imposición legal de someterse a este trámite previo extrajudicial sólo genera el deber de comparecer a la audiencia fijada por el mediador, pero no el de permanecer en dicho procedimiento, ello en cuanto a si una o ambas partes expresen su voluntad de darlo por finalizado para que éste concluya, queda expedita la instancia judicial (Agüero, 2020).

Es importante plantear que hay grupos que consideran que este método va en contra de derechos constitucionales, sin embargo, se dio un control de constitucionalidad en el que se desestima el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 2 de la ley 13951 y 2 del decreto 2530/2010 en cuanto establecen la obligatoriedad de la mediación previa, al concluir que tal procedimiento no violentaba el derecho constitucional de acceso a la justicia, sino que institucionalizar un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que no alteraba el derecho de recurrir ante la justicia, ni estaba destinado a sustituir la jurisdicción (Mediación Prejudicial Obligatoria Control de Constitucionalidad Métodos Alternativos, 2022). Se afirma que a pesar de los conflictos doctrinarios que puedan darse “el Derecho Procesal se reverdece con la incorporación de principios como el principio pro-persona que permiten ponderar la tutela de los derechos fundamentales en los casos concretos y los métodos participativos de resolución de conflictos” (Ávila, 2015).

De lo expuesto se concluye que:

> los programas de mediación obligatoria debieran operar siempre y cuando se pueda garantizar que: a) Los costos de la mediación sean cubiertos por el Estado. b) No existen coacciones para llegar a acuerdos. c) Los mediadores y los programas de mediación sean: (i) de alta calidad, (ii) de fácil acceso, (iii) permitan la participación de las partes, (iv) permitan la participación de los abogados, cuando así lo deseen las partes y (v) brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos precisos que se requieren (Agüero, 2020).

Finalmente, sobre los efectos de la mediación prejudicial, Pérez (2013) cita a Lamm (2012), en cuanto la experiencia Argentina ha demostrado:

> 1.- La mediación prejudicial obligatoria es un medio idóneo para bajar la litigiosidad y descomprimir los tribunales en menos de una tercera parte. 2.- Su obligatoriedad ha generado una resistencia inicial pero luego ha sido aceptado tanto por la sociedad como por la mayoría de los abogados y jueces generando un verdadero cambio de paradigma que trascendió el objetivo inicial de descomprimir los tribunales. 3.- los acuerdos en este sistema de mediación alcanzados son muy sustentables (Pérez, S. 2013).

2.3 Colombia

En nuestro vecino país Colombia en 1991 la conciliación adquiere un rango constitucional, “aparte de descongestionar el sistema judicial, es una forma de resolución alternativa de conflictos, donde las partes auto gestionan por sí mismas la controversia, con ayuda de un tercero neutral, además el acuerdo al que llegan las partes, adquiere la fuerza de una sentencia” (Peña, 2011, pág. 1).

Actualmente la Ley 640 de 2001 o Ley de conciliación en Colombia misma que regula temas relacionados con actas y constancias de conciliación, reglas generales sobre los conciliadores, creación y obligaciones de los centros de conciliación, registro conciliatorio, selección del conciliador e inhabilidad especial, conciliación extrajudicial en derecho en materias contencioso administrativa, civil, laboral y familia, la que es de nuestro interés especialmente en tres causas específicas, requisito de procedibilidad y composición del Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia. Es decir, es una norma completa y

clara que recoge todos los aspectos base para instaurar un proceso obligatorio prejudicial sin complicaciones a la hora de implementarlo.

Esta ley establece en su Artículo 3º dos clases de conciliación 1) judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, 2) extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial y señala que la misma se denominará en derecho. Además, determina que la conciliación prejudicial en materia de familia se acogerá a la normativa dispuesta para la extrajudicial. Es importante recalcar que los acuerdos conciliatorios ya sean judiciales o extrajudiciales hacen tránsito a cosa juzgada, esto quiere decir que un juez ya no puede conocer sobre ese mismo punto de derecho, porque la misma pone fin al conflicto.

Específicamente en materia de familia el artículo 31 de la Ley 640 determina que la Conciliación extrajudicial podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, a la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios (Congreso de la República de Colombia, 2001), mismos que podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias. Este mecanismo facilita el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, ya que toma en cuenta su situación económica, ubicación geográfica y otorga competencia a otros funcionarios y entidades para que presten este servicio y los usuarios se sientan más cómodos y mejor representados (Pérez & Castro, 2015).

La mayor diferencia de la mediación con la conciliación es la posibilidad que tiene el tercero imparcial en este caso conciliador de formular propuestas de arreglo, es decir sus atribuciones van más allá de guiar a las partes a que planteen propuestas que podrían llegar a un acuerdo. Esto es, el conciliador tiene la facultad de resolver el conflicto de la forma en que a su parecer sea la más conveniente y plantear a las partes para que éstas acepten o no.

El conciliador debe tener presente que es un tercero imparcial por lo que su propuesta de acuerdo no puede inclinarse hacia ninguna de las partes si no que acorde a lo escuchado en el proceso de mediación dar una solución equitativa, esto se traduce en una mayor responsabilidad por parte del tercero imparcial, que va más allá de la determinación de sus obligaciones en el

art.8 de la Ley, ya que de algún modo carga en él la solución del conflicto o no. Por otra parte, si bien él puede plantear una solución no se puede comparar con la resolución de un juez, primero porque este resuelve en base a normas generales y en la conciliación se toma en cuenta el conflicto de manera personal, su contexto, necesidades y deseos de las partes y sobre todo el principio de voluntad de las mismas se plasma en aceptar el acuerdo o no.

En concordancia a lo expuesto, tiene sentido que se solicitan una serie de requisitos para ejercer el rol de conciliador además que a través de la misma ley y política pública se promueve una capacitación continua a los servidores públicos y una suerte de fiscalización o seguimiento de las causas que tratan y del proceso en sí de las mediaciones, de esta forma se logra tener una justicia que cumpla con los estándares constitucionales de calidad y acceso universal y por ende un Estado. A esto se le suma el hecho de que los mecanismos alternativos de solución de conflictos en los distintos sistemas jurídicos coinciden con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: (i) facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; (iii) mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal (Pérez & Castro, 2015).

Ahora bien, la conciliación se determina como requisito de procedibilidad en el artículo 35 de la Ley 640 (2001), donde se indica que las áreas de familia, civil y contencioso administrativo deben agotar la conciliación prejudicial obligatoria, para cumplir con este requisito la audiencia se podrá llevar a cabo mediante la conciliación en equidad o en derecho, para el área de familia. Del mismo artículo se entiende que se ha cumplido este requisito cuando: se haya celebrado la audiencia de conciliación así no se haya llegado a ningún acuerdo; se haya vencido el término de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud, previsto en el artículo 20 inciso 1; la audiencia de conciliación no se hubiere llevado a cabo por alguna otra razón (Pérez & Castro, 2015).

Sin embargo, este requisito no es ineludible, excepcionalmente se prevén cuatro situaciones en las que se podrá acudir a la jurisdicción ordinaria sin un proceso previo de conciliación. Primero, si bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado; segundo, si se encuentra ausente y no se conoce su paradero;

tercero cuando se presente violencia intrafamiliar y finalmente si se solicita el decreto y práctica de medidas cautelares (Congreso de la República de Colombia, 2001).

Si no se cumple ninguna de estas situaciones y sin un proceso extrajudicial de conciliación previo, se acude a los tribunales de justicia, el juez deberá rechazar de plano la demanda e imponer una multa de hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (Congreso de la República de Colombia, 2001). Es importante resaltar que en esta legislación no se le atribuye al juez la tarea de remitir la causa a un proceso de mediación, este solo cumple su función dentro del proceso judicial lo que enfatiza la característica de extrajudicial y previo de la conciliación.

La jurisdicción de familia "por su trascendencia social amerita mayor intervención del Estado, como ocurre con el problema de la violencia intrafamiliar y el restablecimiento y garantía de los derechos de los menores de edad" (Pérez & Castro, 2015), así de conformidad con jurisprudencia de Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-1195 de 2001 se aclara que la conciliación como requisito de procedibilidad en materia de familia, fue declarada exequible de manera condicionada ya que resultaría contraproducente, para alcanzar la solución pacífica del conflicto, someter, por ejemplo, a una parte sumida en circunstancias de violencia intrafamiliar, que como mencionan Pérez & Castro impiden crear bases para un diálogo constructivo y de respeto mutuo entre las partes (2015), a la obligación de encontrarse con su agresor.

Es necesario resaltar también, la prevalencia de los derechos de los menores en el proceso y acuerdo de mediación por sobre los intereses de los demás involucrados. Otra de las razones de la creación de mecanismos alternos para intervenir en estas problemáticas sin necesidad de acudir a un juzgado que de por sí no es amigable con sus usuarios menos lo va a ser con niños es la obligación que tiene el Estado y los ciudadanos, a partir de la Carta Política de 1991, de velar por el respeto no solo de la familia si no de los niños, niñas y/o adolescentes que se encuentren en conflictos familiares (Pérez & Castro, 2015).

Para concluir se cita un parágrafo de la sentencia C-893 de 2001 de la Corte Constitucional Colombia en la que establece que este derecho de acceso a la justicia concede ciertas características para volverse efectivo, mismas que le dan y al legislativo la facultad de establecer límites a su ejercicio sin los cuales se llevaría a la parálisis total del aparato

encargado de administrar justicia. Estos elementos son plazos, legitimación, documentación, acreditación y en general cuestiones de procedibilidad, administración y control.

> […] Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos (Ardila Gutiérrez, 2021).

Adicionalmente, plantea que la conciliación extrajudicial cumple con la celeridad en la medida en que las mismas "partes estén dispuestas a darle a la resolución de sus conflictos al mantener el control de la audiencia, el procedimiento y los resultados, la decisión tomará el tiempo que ellas determinen" (Bautista, 2018).

En definitiva, para la Corte Constitucional colombiana, la conciliación prejudicial obligatoria:

> resulta exequible por ser un medio oportuno y viable para impulsar la participación de los ciudadanos en la administración de justicia, la convivencia pacífica al constituir un espacio para el diálogo, así como el incremento gradual de la cultura del litigio, posibilitando relaciones duraderas entre las partes y reduciendo así la condición de ganador y perdedor (Paola & Castro, 2015).

Capítulo III
La Mediación en Ecuador

3.1 Reconocimiento legal de la Mediación en Ecuador

3.1.1 Reconocimiento constitucional de la mediación

Para entender el significado de este reconocimiento es necesario un poco de contexto histórico con relaciones a otros países latinoamericanos. Colombia, fue el primero de entre las legislaciones analizadas en el capítulo que antecede en obtener un rango constitucional a un método alternativo de solución de conflictos en este caso a la conciliación, en 1991. Le sigue Argentina que, en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal, con la Ley 24.573 en 1995 y sobre todo declararla de interés público. Finalmente, en 2004 Chile promulga la Ley 19.968 en la que se habla específicamente de la Mediación familiar dándole mayor importancia e interés. En ese proceso de evolución jurídica de aproximadamente dos décadas, es que Ecuador toma ciertos elementos jurídicos de los países antes mencionados para, en la Constitución de 1998 reconocer al arbitraje y la mediación como medios para la resolución de conflictos dentro principios generales de la Función Judicial. Ahora bien, para esta investigación es necesario analizar la actual constitución, Constitución de 2008, en la que se reconoce en su Sección Octava, a los medios alternativos de solución de conflictos, con especial referencia a la mediación, para la solución de conflictos.

> 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 (Asamblea Constituyente (2008).

Además, se determina que el Consejo de la Judicatura deberá definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial, en el numeral 1 del artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador, esto guarda relación con la implementación de nuevas herramientas o formas para la resolución de conflictos con el fin de mejorar procesos y calidad de los servicios de justicia del Ecuador.

Estos objetivos constitucionales se determinan en el artículo 75 de la máxima norma jurídica estatal, de esta forma, el deber de mejorar el sistema judicial se eleva a un deber primordial del Estado y de protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

> Art.75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Asamblea Constituyente, 2008).

3.1.2 La mediación como una herramienta para la solución de conflictos en Ecuador

En términos jurídico-legales la mediación se encuentra definida en la Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 43, como:

> "un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto" (Congreso Nacional, 2006).

La mediación debe propender a ser una herramienta de solución de conflictos más cercana a la población y para promocionar su uso, sin tener que pasar por procesos burocráticos en el artículo 52 de la misma Ley se plantea:

> Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura (Congreso Nacional, 2006).

Esto se relaciona también con el artículo 17, principio de servicio a la comunidad, del Código Orgánico de la Función Judicial, en la que se plantea a la mediación como "una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades" (Asamblea Nacional, 2009). Esta cercanía con la población hace que

la justicia y la solución de conflictos sea posible de alcanzar y no se vea como algo únicamente de abogados o como una utopía.

Es importante resaltar que en este artículo se establece que "en los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje" (Asamblea Nacional, 2009). Esta norma se asemeja al artículo 109 referente a reglas especiales sobre la mediación en causas relativas al derecho de alimentos de la Ley 19.968 de Chile, ya que, en ambas normas, además de promover la mediación como una alternativa para la solución de conflictos, se prohíbe expresamente aplicar la mediación como medio para la solución de casos de violencia intrafamiliar, que son casos sensibles que por su naturaleza y relevancia deben ser tratados ante un juez.

Adicional a esto para reforzar la implementación e importancia de la mediación como herramienta de solución de controversias, se determina como objetivo operativo 7 en el artículo 3 del Estatuto Orgánico por Procesos de la Procuraduría General del Estado: "Fomentar la aplicación de la mediación como fórmula de solución de las controversias en las que intervenga el Estado o sus instituciones, a fin de prevenir y reducir los niveles de conflictividad, que afecten los intereses del sector público" (Procuraduría General del Estado, 2017).

Finalmente debemos mencionar que en la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 47 determina que "el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo" (Congreso Nacional, 2006). Esto quiere decir que, como se menciona en el artículo 101 del COGEP, "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse un nuevo proceso" (Asamblea Nacional, 2015). Escobar (2021) afirma que la legislación ecuatoriana al colocar al acta de mediación con el mismo efecto jurídico que una sentencia ejecutoriada emitida por un juez de justicia ordinaria, "en el caso de incumplimiento de las partes, esta acta deberá ser ejecutada en la jurisdicción ordinaria" (Escobar, 2021).

3.1.3 La mediación como garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Antes de determinar cómo la mediación impacta positivamente en causas en las se traten derechos de niños, niñas y adolescentes, se debe determinar las garantías que el Estado concede a estos sujetos de derecho. Como norma suprema la Constitución determina al Interés superior de los niños, como principio constitucional y, a sus derechos, predominantes sobre los de los demás.

> Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurará el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (Asamblea Constituyente, 2008).

Además, establece que se entiende por desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, como su derecho al "crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad" (Asamblea Constituyente, 2008). De este modo se logrará un entorno que permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Ahora, siguiendo el principio de especialidad, resulta idóneo realizar a continuación un análisis de algunos artículos del Código Orgánico de la niñez y adolescencia, ya que contiene normas que tratan específicamente y a mayor profundidad esta materia centrándose en el bienestar de este grupo vulnerable.

El Art. 294 determina que la mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia, es así que el acuerdo al que lleguen las partes bajo ninguna circunstancia, con base a la voluntad de los accionantes, podrá contener una solución que pueda o afecte al menor y sus derechos. Esto también tiene sustento en el artículo 3 que determina que, por ejemplo, el derecho de alimentos "es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable", por lo mismo debe cumplir parámetros mínimos para garantizar el correcto cumplimento del mismo (Congreso Nacional, 2003).

El derecho de alimentos, tenencia, y régimen de vistas son causas que están sujetas a incidentes, esto debido a que el contexto familiar es cambiante, y por lo mismo las necesidades van a variar, lo que hace necesario que los acuerdos puedan ser modificados para que se acoplen a las nuevas situaciones de los involucrados.

La garantía de un desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes se ve plasmado también en el concepto que se tiene del derecho de alimentos, este no solo hace referencia a un rubro económico que cubra la alimentación del menor si no que se toman en cuenta todas las necesidades que se tiene para lograr una vida digna y recreacional.

Art. 2.- Del derecho de alimentos:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva (Congreso Nacional, 2003).

También se habla de la función básica de la familia, esta se define como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, que se protegerá y promoverá, en el Art. 9 también se determina que esta relación parento filial es una responsabilidad compartida. Tiene sentido entonces, que se promueva el uso de mediación para resolver conflictos familiares, ya que por su naturaleza ésta propende a resolver los conflictos desde la raíz y así reforzar la relación que tienen las partes entre sí, con el fin de prevenir otros conflictos y de promover un ambiente de paz entre las mismas y que este se extienda a otros ámbitos y personas involucradas dentro y fuera del núcleo familia.

Finalmente se debe exponer cómo concibe el Código de la Niñez y Adolescencia el Interés Superior del niño. En este cuerpo normativo, en su art. 11, adicional a su determinación

en la Constitución de la República, se considera la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías (Congreso Nacional, 2003). Esto es, las acciones que las autoridades tomen para poner en práctica el mismo, siendo así la mediación una herramienta que cumple con estos requerimientos ya que su proceso que se realiza en un ambiente más amigable para los niños y en confidencialidad para las participantes. Coincide esta aplicación del principio con la visión y relevancia que se le da en Colombia y Chile, un entendimiento amplio de la mediación en materia de familia que se extiende a otros principios y objetivos tanto institucionales como estatales.

3.2 La situación de los juzgados en Azuay con respecto a procesos por Alimentos y Tenencia

3.2.1 La Constitución y la Ley

Antes de hablar de una posible aplicación de la mediación como un método alternativo de solución de conflictos de manera perjudicial en casos de alimentos, tenencia y régimen de visitas en Azuay, se debe asegurar que esta herramienta sea legal y legítima, además, es fundamental analizar las consecuencias jurídicas que podría generar. Este análisis es importante ya que de otro modo por más beneficiosa que sea la mediación, podría no ser viable su aplicación.

Es así como, en la investigación realizada a través de entrevistas, se ha analizado el reconocimiento tanto constitucional como legal en el Ecuador de la mediación, no solo como una herramienta alternativa a la justicia ordinaria, sino como una obligación estatal de promover su aplicación. Además del reconocimiento constitucional de la mediación su fin último se refuerza, según el Entrevistado #2, al consolidar al país como un territorio de paz determinado en el art. 5 de la Constitución y promover el desarrollo integral y pleno de los niños, niñas y adolescentes, en concordancia con los artículos 44 y 69 del Código de la niñez y adolescencia y de la Constitución respectivamente.

Por otro lado, los mismos entrevistados alegan que hay que tomar en cuenta ciertas reformas que se deberían realizar a los cuerpos normativos, con el ánimo de implementar a la mediación como perjudicial y obligatoria. Por ejemplo: “que exista la decisión de además de

reformar la ley en cuanto a la voluntariedad de la mediación" (Esta información fue concedida por Entrevistado#3, entrevista personal, 2022). Esto se refiere a la obligatoriedad de presentarse al proceso de mediación previo, mas no de continuar en el proceso de mediación. Pero también reconocen que existen normas como el proceso de derivación en el art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que son de fácil aplicación, pero no se las utiliza.

Para ellos es importante también tomar en cuenta, a pesar de estar de acuerdo con una futura reforma, que "eso resultaría en un gran andamiaje jurídico tanto en la asamblea como presupuestario" (Esta información fue concedida por Entrevistado #1, entrevista personal, 2022).

3.2.2 Carga de trabajo

Tanto dentro como fuera de las dependencias de los juzgados de familia del Azuay, existe una percepción generalizada de que los mismos están saturados. Se tiene tal cantidad de trabajo y de procesos por atender que llegan a un punto de colapso. Esto quiere decir, que los procesos se comienzan a acumular día tras día, y por ende todo el proceso de una controversia se vuelve más lento y se termina desorganizando toda la planificación de los procesos, lo que se plasma en el incumplimiento de plazos y principios de la justicia, esto da como resultado la necesidad de contar con herramientas alternativas que permitan aliviar esa carga de trabajo y a la vez servir como soluciones efectivas distintas a la justicia ordinaria.

Pero ¿a qué se debe esta congestión? Según la Entrevistada #1 "los juzgados son pocos e insuficientes" ya que por la naturaleza de los casos de alimentos, tenencia y visitas las decisiones sobre estos derechos y obligaciones pueden y van a ser modificadas hasta que se extinga el derecho o cuando las partes así lo crean pertinente, por lo que "esa carga continua año tras año hasta que obviamente se cumplan estos requisitos en los que podría declararse el archivo o dar de baja los mismos", en concordancia el Entrevistado #2 explica qué, son los incidentes de rebaja o aumento de pensión, o cambio de régimen de visitas los que más carga laboral crean y por lo mismo, el trabajo no disminuye si no que siempre va en aumento.

A todo esto encontramos un contradicción general en las encuestas, misma puede deberse al hecho de que estas fueron aplicadas en su mayoría a servidores públicos de las distintas Unidades Judiciales de familia, mujer, niñez y adolescencia del Azuay, por lo que se plasma un criterio un poco cegado a la hora de calificar el nivel de satisfacción de su propio trabajo,

en cuanto a situaciones generadas por la acumulación de procesos, como es el tiempo de trámite de diligencias y resolución de procesos. Las encuestas nos muestran que la mayoría, esto es un 38,66 % de los encuestados, casi todos servidores de justicia, están satisfechos de manera general con la eficiencia de los juzgados en cuánto al trámite de los procesos. Sin embargo, cabe recalcar que una segunda mayoría con el 26%, no logra realmente estar satisfecho con el manejo de los trámites en los juzgados (ver figura 1). Además, debemos tomar en cuenta que una realidad no suprime a la otra. Si bien puede que la mayoría de encuestados este conforme con su trabajo, esto no significa que no exista un exceso de carga laboral, es más el nivel de satisfacción de los servidores de justicia se puede deber a que sienten que frente a la sobrecarga de trabajo, tienen un buen seguimiento de los casos.

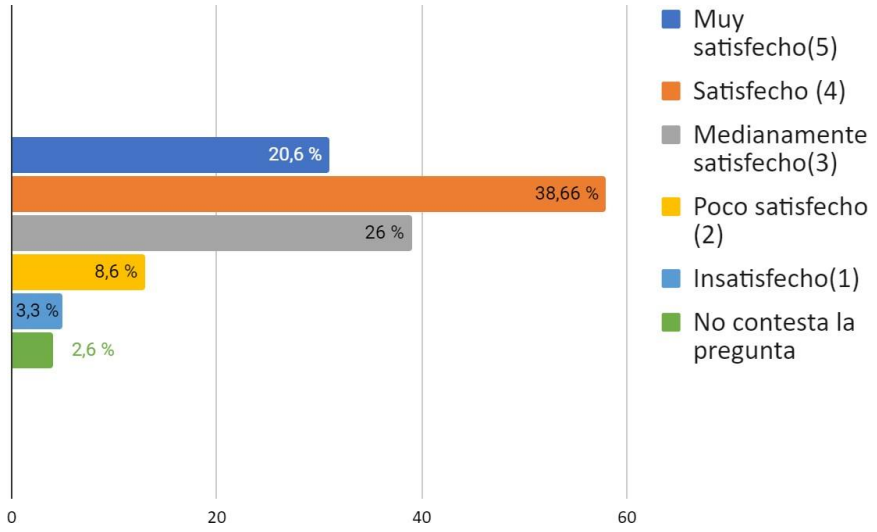

Figura 1. *Nivel de satisfacción sobre la eficiencia de los juzgados. Basado en las encuestas realizadas, noviembre de 2022. La mediación prejudicial obligatoria: Aplicabilidad en casos de pensiones alimenticias y tenencia. Caso de estudio Azuay.*

3.2.3 Fase de ejecución

Al hablar de la mediación prejudicial como una herramienta para reducir la carga laboral en los juzgados de familia, se tiene que analizar las consecuencias de la misma antes, durante y después del proceso de mediación. Este punto en específico analiza las consecuencias y posibles escenarios posteriores a la realización de un acta de acuerdo. Si bien el objetivo de la mediación es solucionar el conflicto llegando a un acuerdo, este tiene consecuencias jurídicas posteriores, por lo que es importante analizarlas en conjunto para poder determinar la

efectividad de una posible aplicación de la mediación como requisito previo y obligatorio a la interposición de un proceso jurídico, en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas.

La Entrevistada #1 comentó que para que la mediación prejudicial sea una herramienta viable en estas causas, en tema de familia se debería iniciar "un proceso [judicial] con un acta de ejecución, es decir que inicie ya con una resolución". Cabe aclarar que la entrevistada hace referencia a que, tal como se determina en el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos en el artículo 363, el acta de mediación es un título de ejecución. Por lo mismo, al llegar las partes a un acuerdo, los juzgados de familia iniciarían solamente un trámite de ejecución del acta de mediación que verse sobre derecho de alimentos, tenencia o régimen de visitas, el cual por su naturaleza, es mucho más corto en comparación a los procesos propios de estas causas, por lo que sí se descongestionaría el trabajo de los juzgados de familia. Además, explica que, los acuerdos al ser aceptados por ambas partes, tomado en cuenta sus situaciones particulares, estos, a diferencia de una resolución judicial, son menos propensos a presentar incidentes, por ejemplo, de rebaja de pensión alimenticia o cuando existen conflictos en el cumplimiento de las visitas. Por lo mismo se previene que existan recursos interpuestos y se aumente el trabajo de los juzgados de familia.

De igual forma el Entrevistado #3, explica que, si no se garantiza la seguridad jurídica durante la mediación, el acta de acuerdo que se logre, en el trámite de ejecución, podría contener elementos que "puedan sugerir la nulidad del proceso de mediación" lo que va a generar una nueva carga de proceso en la unidad jurisdiccional para que la causa sea resuelta en proceso sumario.

Es importante mencionar también que el Entrevistado #2 insiste en que se debe tener en cuenta que no todas las mediaciones van a terminar en acuerdo, por lo que no solo se iniciaría un proceso judicial en cuanto a la ejecución del acta de mediación, sino que "al no existir el arreglo o acuerdo, se iniciará el proceso judicial como tal", y por lo tanto, como requisito previo se considerará no solo al acta de acuerdo sino también a un acuerdo parcial o acta de imposibilidad de acuerdo.

3.2.4 Principio de Voluntariedad

Una de las características principales de la mediación es la voluntad de las partes. Es así que no se puede definir a la mediación sin mencionar este principio. Los encuestados definen a la mediación como un acuerdo en el que "dos partes del conflicto **de manera libre y voluntaria** llegan a una solución de ese conflicto con la ayuda de un tercero" (Esta información fue concedida por Entrevistado #3, entrevista personal, 2022), y también que se aplica este método alternativo de solución de conflictos "a fin de llegar a la **terminación de manera voluntaria**" (Esta información fue concedida por Entrevistado #1, entrevista personal, 2022).

El principio se constituye entonces, no sólo como un requisito para que se configure la mediación como tal, sino que va a influir en la eficacia, relacionada a la ejecución y cumplimiento de los acuerdos de la misma. La Entrevistada #1 afirma que, por ejemplo, en cuanto a las conciliaciones se tiene una "conversación totalmente informal obviamente preguntando a las partes si es que es su voluntad tener esta conversación para ver si llegamos a un acuerdo conciliatorio previo a iniciar la diligencia". En este punto se llama a las partes a reflexionar sobre su conflicto familiar y se da a conocer esta alternativa que tienen, para dar por terminado el conflicto.

En cuanto a las mediaciones que se derivan, afirma que tienen mayor efectividad en cuanto al proceso y al cumplimiento del acuerdo "cuando las partes vienen con buen ánimo y quieren resolver su situación de manera inmediata, pacífica y sobre todo porque la situación familiar de las partes no es expuesta ante un juzgado" (Esta información fue concedida por Entrevistado #1, entrevista personal, 2022).

3.2.5 En el Procedimiento

Si bien la voluntariedad de las partes se ve plasmada en distintos momentos del proceso de mediación, es en la primera fase de este, que se evidencia una contradicción teórica y práctica en cuanto a la voluntad de la mediación como un requisito previo y obligatorio a iniciar un proceso formal, dentro del sistema judicial ordinario. En este punto el Entrevistado #3 menciona que se evidencia una dicotomía "por una parte la obligación de acudir a la mediación, como un paso previo al proceso jurisdiccional y, por otra parte, la voluntad de continuar con el

proceso de mediación", a fin de que se logre un ejercicio adecuado del mismo y se logre un acuerdo viable.

Para encontrar una solución jurídica a la justificación de la obligatoriedad prejudicial a la mediación, se debe analizar el proceso de mediación en el país. Así el Entrevistado #3 nos explica lo siguiente:

> Nuestro proceso de mediación inicia con una solicitud que se califica y las partes inmediatamente con esa calificación acuden a la audiencia de mediación a exponer sus posturas a efectos de construir el acuerdo. En otros países en cambio, con la solicitud de mediación hay una reunión inicial con los solicitantes en donde se puede tener o ir construyendo, con el mediador, un criterio de un acuerdo sobre cómo encaminar la solución del conflicto, el mismo paso se hace después con el solicitado, porque al ser obligatorio tiene sí o sí que acudir, y luego de forma conjunta una tercera reunión en la que inicia ya el proceso de mediación. Entonces esa diferenciación del trámite si faculta que exista la obligatoriedad de asistir a la medición como tal y basa la voluntariedad en la posibilidad de construir o no un acuerdo (Esta información fue concedida por Entrevistado #3, entrevista personal, 2022).

Se deduce entonces que "la mediación al ser un proceso voluntario no necesariamente va a disminuir la carga laboral" (Esta información fue concedida por Entrevistado #3, entrevista personal, 2022), si es que, por ejemplo, una parte no acude a la reunión, generaría indefensión, en cuanto a la interposición de la demanda, a la parte que la solicitó y ocasionará un proceso burocrático más dentro del sistema de justicia. Se entiende así, que la voluntariedad es incluso sobre asistir o no a la mediación, no solo sobre construir el acuerdo. Por lo mismo, se propone que "la obligatoriedad o la prejudicialidad debe generar la obligación de **asistir a esa medición** no de llegar a un acuerdo" (Esta información fue concedida por Entrevistado #3, entrevista personal, 2022), así no se vulneraría la voluntad de iniciar una mediación ni el derecho de la otra parte a interponer un recurso y tampoco el principio de celeridad de la justicia.

3.2.6 Desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes

Es de suma importancia tomar en cuenta que, con respecto a la aplicabilidad de la mediación prejudicial obligatoria en casos de pensiones alimenticias y tenencia, nos encontramos frente a un contexto social especial. Nos encontramos con derechos de un grupo de atención prioritaria, y conflictos dentro de la familia que se toma como base sólida de nuestra

sociedad, así en palabras de la Entrevistada #1 “nos estamos refiriendo a una situación familiar que obviamente va a cambiar y va a trascender, en especial cuando se trata de niños pequeños”. Por lo mismo, es prioritario para determinar su aplicabilidad, analizar los conflictos en relación a los beneficios y consecuencias para este grupo social, para de este modo poder cumplir, no solo con los objetivos constitucionales de la mediación, sino también con la obligación de promover el desarrollo integral y pleno de los niños, que como nos indica el Entrevistado #2 incluye no sólo una pensión alimenticia, si no también, educación, recreación, salud , vestuario y a no vivir en un ambiente de violencia.

El Entrevistado #3 afirma que anualmente el 30 % de mediaciones que se realizan obedecen a temas de régimen de familia, por lo que es menester que los centros de mediación y/o unidades judiciales sean, tanto para los niños como para las partes involucradas, un ambiente de confianza y seguridad jurídica para resolver los conflictos. Esto se relaciona al hecho de que es un tema social - familiar el que se trata, y en que “a veces las parejas lo que necesitan es una buena comunicación, conversar y también se les hace ver que a veces se necesita de una tercera persona para que ellos puedan llegar a acuerdos conciliatorios”, como nos comenta la Entrevistada #3, en entrevista personal, 2022.

La mediación no busca solamente mejorar las relaciones parento-filiales de los miembros del núcleo familiar y quienes los rodean si no que, busca transformar la visión que tienen las partes sobre sus obligaciones. Lograr que los actores entiendan que estos derechos y obligaciones van más allá del pago de un rubro mensual e incluyen elementos psicológicos de afecto, comunicación, respeto y crecimiento conjunto, velando por sobre todos los acuerdos a los que las partes puedan llegar, el interés superior del menor.

Con todo esto se busca que la solución al conflicto no sea solo jurídica, si no que quizás permita que se resuelvan otro tipo de discrepancias de fondo, incluso comunicaciones y de la relación del seno familiar, de modo simultáneamente se logra cumplir con el objetivo común de crear núcleos familiares sólidos que a su vez se reflejarán una sociedad de paz.

Todo lo analizado anteriormente, se puede constatar y resumir con las encuestas realizadas con relación a la percepción, tanto de los operadores de justicia como de los usuarios del Consejo de la Judicatura, sobre la mediación. La mayoría de encuestados está totalmente de acuerdo con las afirmaciones positivas sobre la misma. También cabe señalar, que

únicamente la afirmación “La mediación construye una solución definitiva” presenta un 3,3% de los encuestados total desacuerdo. A pesar de ser un porcentaje bastante bajo podemos relacionar el mismo con la falta de información y difusión de mediación y sus efectos al público en general.

	Totalmente de acuerdo (5)	**De acuerdo (4)**	**ni de acuerdo ni en desacuerdo (satisfecho) 3**	**en desacuerdo (2)**	**totalmente en desacuerdo (1)**	**no contesta**
La mediación es un proceso ágil.	46,66 %	33,33 %	13,33%	6,66%	0	0
La mediación es una solución económica.	56,66 %	30%	6,66%	6,66%		
La mediación se adapta a las necesidades de las partes y busca satisfacer sus intereses.	33,33 %	50%	16,66%	0	0	0
La mediación construye una solución definitiva.	33,33 %	30%	16,66%	10%	3,33%	6,66%
La mediación fomenta una cultura de paz.	53,33 %	30%	13,33%	3,33%	0	0
La mediación construye una solución justa y neutral.	43,33 %	40%	16,66%	0	0	0
La mediación es una alternativa a sistema de justicia.	46,66 %	43,33%	10%	0	0	0

Figura 2. *Características positivas de la mediación. Basado en las encuestas realizadas, noviembre de 2022. La mediación prejudicial obligatoria: Aplicabilidad en casos de pensiones alimenticias y tenencia. Caso de estudio Azuay.*

3.3 Conclusiones y recomendaciones

La aplicabilidad en casos de pensiones alimenticias y tenencia de la mediación prejudicial obligatoria va más allá de la posibilidad de instaurar la misma como una herramienta. La aplicabilidad toma en cuenta los beneficios y barreras que se puedan presentar en ese proceso y depende también de la calidad de los resultados que se pudieran obtener. Es así, que para poder obtener un resultado lo más real posible, se analizan los elementos primordiales para su implementación desde contextos personales, familiares y estatales.

Después de toda esta investigación, se debe precisar lo siguiente con respecto a la mediación como tal. En cuanto a su funcionalidad y beneficios en temas de familia, queda claro que es una herramienta idónea que impactaría de forma positiva en la resolución de estos conflictos familiares. De manera breve cabe señalar las tres características sociales, determinadas en la publicación "Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial" Vargas (2001), con las que la mediación prejudicial en Azuay cumpliría.

1. Aumentar el acceso a sistemas de resolución de conflictos para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, principalmente aquellos que afectan a los sectores más pobres; y más que todo ser la opción más idónea para resolver conflictos con grupos de atención prioritaria.
2. Descargar de trabajo a los tribunales haciendo más eficiente su gestión. Efectivamente existe una carga de trabajo de los tribunales y mientras más eficiente sea su gestión, se tendrán mejores servicios públicos y una mejor percepción del Estado que cumple con su misión constitucional de justicia de calidad y cultura de paz.
3. Mejorar la calidad y ejecución de soluciones a través de una mayor participación de las partes. Ya que en la mediación al crearse soluciones más humanas y personales se vuelven más justas generando un ganar-ganar y en general un bienestar social, un abanico de relaciones de interdependencia entre sus miembros (Vargas, 2001).

Sin embargo, en cuánto en su practicidad cabe mencionar que hay ciertos aspectos ajenos a este medio alternativo de solución de conflictos que, en orden de que cumpla su

función al 100%, deben ser implementados, modificados o eliminados.

Se debe puntualizar que para lograr este fin último de la mediación, como un estado de paz que propende a mejorar las relaciones entre sí, es primordial la difusión de la misma como una herramienta accesible, rápida, con validez jurídica de sentencia ejecutoriada de última instancia, con efecto de cosa juzgada, con seguridad jurídica para las partes y sobre todo, como una herramienta formal y reconocida que está a la disposición de tanto los servidores de justicia como para sus usuarios, como una alternativa a la justicia ordinaria. Esta difusión de la mediación logrará que la obligatoriedad sobre la misma no se sienta tan apresurada y que los centros se vean obligados a mejorar y propender a un mejor servicio de sus crecientes usuarios. El Entrevistado #3 afirma que realmente existe una falta de conocimiento, de los mismos profesionales del derecho, sobre la posibilidad de que en estas áreas se utilice la mediación y los efectos que generan. Explica además que son todos quienes están en la administración de justicia quienes tienen que tener más que la capacidad, el convencimiento de la funcionalidad de esta herramienta, así expresa: "tiene que haber necesariamente el conocimiento en la administración de justicia de la validez que va a tener la mediación y acompañarse a esos procesos de mediación insisto la validez necesaria la seguridad jurídica necesaria para que esos procesos surtan efectos" (Esta información fue concedida por Entrevistado #3, entrevista personal, diciembre de 2022).

Luego de lograr la difusión y uso de la mediación es imprescindible crear las condiciones adecuadas para que la misma genere los efectos esperados. Aquí el contexto se vuelve social, político y económico y con ellos podemos visibilizar, con las condiciones ideales, a la mediación no solo como una herramienta, sino como una solución a la justicia en este caso en Azuay.

Generar las condiciones idóneas no es una cuestión que se logre de la noche a la mañana, sin embargo, se proponen tres ítems clave en los que trabajar para lograrlo. En primer lugar, la alianza entre el Consejo de la Judicatura y todos los demás Centros de Mediación autorizados, debe propender más allá de la capitación, en generar un vínculo con otros centros que brinden este servicio, ya que pese a que existe la posibilidad de que se derive a centros privados, con un instructivo claro, los jueces únicamente derivan al centro del Consejo de la Judicatura, entonces claro ahí generaría un carga de trabajo a ellos, habiendo otros establecimiento para que la misma sea equitativa, o incluso se tiene la idea

que ciertas causas, por ser centros privados no van a querer resolver sobre los mismos (Esta información fue concedida por Entrevistado #3, entrevista personal, diciembre de 2022).

En segundo lugar, el nivel de preparación de los mediadores y centros de mediación. El Entrevistado #3 considera que hoy los instructivos laxos y flexibles de la judicatura, no garantizan plenamente la calidad de los mediadores y por ende de sus centros. No hay duda que con centros y mediadores de calidad se asegura un buen proceso de mediación y resultados ejecutables, sin embargo, existen varios límites, requisitos e incluso procesos de seguimiento tanto de los Centros de mediación como de sus mediadores establecidos en varios cuerpos normativos. Por ejemplo, el artículo 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dispone: "La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados" (Congreso Nacional, 2006), y el Art. 23 que determina los criterios mínimos para la formación de mediadores. Además, existe el Instructivo Funcionamiento Centros De Mediación realizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura (No. 026-2018) que precisa pautas y criterios mínimos para establecer el procedimiento para el registro y renovación en el Consejo de la Judicatura de centros de mediación, directores de centros de mediación, mediadores habilitados y registrados para el ejercicio de la mediación, y centros de mediación centros que desarrollan procesos de formación de mediadores con aval académico.

La flexibilidad de la mediación NO puede confundirse con la informalidad, son dos conceptos jurídicos diferentes, deben respetarse criterios mínimos de los derechos para crear un acuerdo, y en medida de que los profesionales del derecho no comprendan eso va a ser difícil que la medición se utilice de forma correcta. Esto con el fin de velar por la seguridad jurídica de los acuerdos, los derechos de las partes y la justicia.

En tercer lugar y el que se puede considerar como el elemento menos subsanable, por la situación no solo del país sino de la región y del mundo entero, es la economía. Para realizar reformas a leyes en la Asamblea, gestionar el crecimiento de centros de mediación, capacitación y contratación de personal, difusión de información y en general, todo lo relacionado a la implementación de la mediación como perjudicial y obligatoria, se necesitan recursos económicos, y lamentablemente el país no se encuentra en una posición económica fuerte ni con un desarrollo concreto, por lo que en la teoría y en la planificación todo puede estar perfecto pero lamentablemente si no hay recursos esta propuesta no se podrá poner en

marcha o al menos no al nivel que se quisiera. Esto también va a depender mucho del interés político, digamos a nivel legislativo dar a la mediación el espacio que debería tener. La Ley de Arbitraje es anterior a la Constitución del 2008 y si no fuera por una decisión política de este gobierno de incorporarse por la línea de los MASC, desde su expedición hasta la fecha han pasado más de 20 años sin un Reglamento a la ley, que además lo que hace es regular temas de arbitraje tampoco de mediación.

Finalmente, cabe recalcar que, superando estos obstáculos la mediación de hecho es una herramienta que se reconoce como válida, en la que yo creo que si la administración de justicia tiene que basarse más. La mediación prejudicial obligatoria, como requisito previo al uso del sistema judicial ordinario, es absolutamente aplicable, y los encuestados están de acuerdo con su implementación según se observa en la figura 3, en medida que todos estos elementos anteriores puedan confluir y en que exista la decisión de además de reformar una ley que establece a la mediación como voluntaria. Si es que se logra superar eso, la mediación cumpliría un rol mucho más eficiente frente a los métodos tradicionales y para determinar una calificación, sobre 10, 8 sería el nivel de aplicabilidad y funcionalidad.

	Siempre-5	**casi siempre-4**	**A veces-3**	**Casi Nunca (2)**	**Nunca-1**	**No contesta**
Debería la mediación ser un requisito previo para iniciar un proceso judicial de alimentos, tenencia y régimen de visitas	56,66 %	23,33	10	3,33	6,66	0
La mediación es un proceso rápido en procesos de alimentos, tenencia y régimen de visitas	40%	36,66	20	0	0	3,33
La mediación contribuiría al alivio de carga de los tribunales de justicia en procesos de alimentos, tenencia y régimen de visitas	50 %	23,33	23,33	3,33	0	0

Figura 3 *Efectividad de la mediación prejudicial. Basado en las encuestas realizadas, noviembre de 2022. La mediación prejudicial obligatoria: Aplicabilidad en casos de pensiones alimenticias y tenencia. Caso de estudio Azuay.*

REFERENCIAS

ACUERDO MINISTERIAL Nro. MIES-2022-005 mies-2022005_de_25_de_enero_de_20220166073001643136289.pdf (inclusion.gob.ec)

Agüero, E. (2020). La mediación prejudicial obligatoria en el Proceso Civil y Acceso a la Justicia en la Provincia de La Rioja. Anuario de Derecho Procesal, Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, Vol. 1, N°1, pp. 12-35

Ardila Gutiérrez, D. E. (2021). ¿LOS MASC, REALMENTE SON UN MECANISMO EFICAZ PARA ATENUAR EL ATRASO JUDICIAL EN COLOMBIA? . *Revista Al Derecho & Al Revés*, *12*, 23-28. Recuperado a partir de http://ojs.unisangil.edu.co/index.php/revistaalderechoyalreves/article/view/337

Argentina.gob.ar. (2022). Argentina.gob.ar. https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-13151-123456789-0abc-defg-151-3100svorpyel/actualizacion

Asamblea Constituyente. (2008) Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 2008-10-20. Ecuador. Recuperado de https://zone.lexis.com.ec

ASALE, R., & RAE. (2021). Diccionario de la lengua española RAE - ASALE. “Diccionario de La Lengua Española” - Edición Del Tricentenario. https://dle.rae.es/mediar?m=form

Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General De Procesos, COGEP. Registro Oficial Suplemento, 2015-05-22. Recuperado de https://zone.lexis.com.ec

Ávila Paz de Robledo (Directora) I Encuentro de Derecho Procesal en Homenaje a los 20 años de la Reforma Constitucional 1994-2014, Ponencias seleccionadas, Maestría en Derecho Procesal acreditada por Res. 857/10 de CONEAU, Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, Instituto de Derecho Procesal, Ed. Justicia y Paz, Argentina, E-book, 2015, p. 12

Bautista Guerra, N. (2018). La mediación como requisito de prejudicialidad en materia de alimentos en Ecuador. 1library.co. https://1library.co/document/qvlkow0y-mediacion-requisito-prejudicialidad-materia-alimentos-ecuador.html

Bernate, R. (2000). Introducción a los métodos alternos de solución de controversias.

Cano, M. (1992). La mediación y la tendencia de menores en Canadá. Artículo publicado en la Revue Canadienne Droit et Société, volumen 7, N° 2. Canadá, pág. 123.

Castillo, R. B. (2018). La mediación. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de https://elibro.net/es/ereader/uazuay/118653?page=15

Chica Castro, R. (2016). La mediación como alternativa de solución de conflictos familiares: divorcio en el Cantón Santa Elena. http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/12983

Congreso Chile. (2004). Ley N° 19.968 crea los tribunales de justicia [Biblioteca del Congreso Nacional]. Ley Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557&idVersion=2020-08-14

Congreso Nacional. (2005). Código Civil. Registro Oficial Suplemento, 2005-06-24. Recuperado de https://zone.lexis.com.ec

Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial, 2003-01-03. Ecuador. Recuperado de https://zone.lexis.com.ec

Congreso Nacional. (2006). Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial, 2006-12-14. Recuperado de https://zone.lexis.com.ec

Consejo de la Judicatura. (2021). ¿Qué casos puedo resolver en mediación? Funcionjudicial.gob.ec. http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-25/que-casos-puedo-resolver-en-mediacion

Conselleria d'Educació, Cultura i Esport - Conselleria de Educación, Cultura y Deporte - Generalitat Valenciana. (2022). Conselleria de Educación, Cultura Y Deporte. https://ceice.gva.es/orientados/profesorado/descargas/la%20mediacion%20en%20la%20resolucion%20de%20conflictos.pdf

Estefanía, L. (2021). Análisis jurídico de la ejecución del acta de mediación en Ecuador. *223.180*. https://doi.org/http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/16493

Floyer, A. (1993). Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones. Editorial Paidos, España.

Generalitat Valenciana-Consellería de Cultura.(2016). La mediación en la resolución de conflictos. *Recuperado:* https://ceice.gva.es/orientados/profesorado/descargas/la%20mediacion%20en%20la%20resolucion%20de%20conflictos.pdf

Gómez, P., "Propuestas y reflexiones éticas acerca del ejercicio de la mediación en Chile como forma de resolución no adversarial de los conflictos", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1999, p. 374.

Gonzales Morales, M. d. M., Aguilar, J., & González Morales, M. d. M. (2018). ¿Qué es la mediación? Editorial Tébar Flores. https://elibro.net/es/ereader/uazuay/106014?page=14

Granchelli, A. (2016, April 14). El conflicto jurídico y sus elementos. Estudio Granchelli & Asociados. https://granchelli.org/2016/04/14/conflicto-juridico-y-sus-elementos/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20conflicto%20jur%C3%ADdico%3F%20El%20t%C3%A9rmino%20conflicto,Lengua%20como%20%E2%80%9Clo%20m%C3%A1s%20recio%20de%20un%20combate.

Jaramillo, M. (1996) Justicia Por Consenso. Introducción a los sistemas alternos a la solución de conflictos. Institución Universitaria Sergio Arboleda. Pág. 31 - 32. En Solución, L., Conflictos, D., Directores, A., Calderon, R., Noguera, M., & De Bogota, S. (2000). LA NEGOCIACION UNA ALTERNATIVA EN MARÍA CRISTINA MANZANO NOGUERA CARLOS EDUARDO TORRES SALAMANCA Trabajo de grado. http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/bitstream/123456789/3208/1/La%20negociaci%c3%b3n%20una%20alternativa%20en%20la%20soluci%c3%b3n%20de%20conflictos.pdf

Jiménez Bautista, F. & Beltrán Zambrano, R. (2019). Gestión de conflictos.. Dykinson. https://elibro.net/es/ereader/uazuay/119290?page=28

Margarita García Tomé. (2013). Mediación familiar: ventajas, desventajas, costes y perspectivas. Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas Y Sociales, 69(135), 547–569. https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/750

Matute Morales, C. (2003). Rango constitucional de los Medios Alternativos de Solución de Controversias: El Fundamento para un nuevo paradigma en la Justicia Venezolana. Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado" Disponible en: Disponible en: http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-5.pdf, 1316-5852.

Mediacion Prejudicial Obligatoria Control De Constitucionalidad Metodos Alternativos. (2022). Erreius.com. https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20181105091531086/mediacion-prejudicial-obligatoria-control-de-constitucionalidad-metodos-alternativos

Miranzo de Mateo, S. (2010). Quiénes somos, a dónde vamos… origen y evolución del concepto mediación. Revista de mediación, (3). 5.1-QUIÉNES-SOMOS-A-DÓNDE-VAMOS….pdf (ammediadores.es)

Moore, C., El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos, Editorial Granica, Buenos Aires, 1995.

Naranjo Vallejo, J. P. (2022). Antecedentes históricos de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC): Aportes desde el derecho romano (Tesis Doctoral). pg. 33 https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/27582/Antecedentes%20hist%c3%b3ricos%20de%20los%20MASC%20-%20aporte%20desde%20el%20derecho%20romano.pdf?sequence=1

Pérez Padilla, S. D. (2013). *La mediación prejudicial obligatoria en los juicios de alimentos* (Universidad Internacional SEK). *Uisek.edu.ec*. https://doi.org/https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/618

Pérez, L., & Castro, M. (2015). La conciliación extrajudicial en derecho de familia como mecanismo de acceso a la justicia y como requisito de procedibilidad. Universidad de la Gran Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2875/Conciliacion_extrajudicial_derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Peña, C. (1996). Los sistemas alternativos de resolución de conflictos (Corporación de Promoción Universitaria (CPU), Ed.). Revista de Estudios Sociales, (88), 91. pg.71-72-74

Puy Muñoz, F. (2007). La expresión" mediación jurídica": un análisis tópico. Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente.

Quiroga, M. G. (2015). Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar.. Dykinson. https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/61001 pgs 26, 115

RAE. (2017). Definición de conflicto jurídico - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE. Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico - Real Academia Española. https://dpej.rae.es/lema/conflicto-jur%C3%ADdico

Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído en el Proyecto de Ley que crea los Juzgados de Familia. Boletín Nº 2.118-18 Valparaíso, 9 de julio de 2003.

Valencia, M, Aguilar, L. (2017). Fomentar la cultura jurídica de la mediación en los procesos familiares de pensiones alimenticias y régimen de visitas para descongestionar la vía judicial. Uce.edu.ec. https://doi.org/BIBLIOTECAGENERAL-JURISPRUDENCIA-Ab/T/158-2017

Vallejo Pérez, G. (2018). Métodos alternativos de resolución de conflictos en derecho romano: especial referencia a la mediación.. Dykinson. https://elibro.net/es/lc/uazuay/titulos/111614

Vargas Pavez, M. (2008). Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación. Revista de derecho (Valdivia), 21(2), 183-202.

Vargas, J. E. (2001). Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial. Revista Sistemas Judiciales, (2), 1-11.