



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE DERECHO**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**LA MEDIACION COMO REQUISITO DE
PREJUDICIALIDAD EN MATERIA DE ALIMENTOS EN
ECUADOR**

NICOLAS BAUTISTA GUERRA

DIRECTOR DR. JOSE JAVIER JARRIN Ph. D. ©

QUITO, JULIO 2018

CERTIFICACIÓN DE DIRECTOR

Por la presente dejo constancia de que el Plan de Trabajo de investigación, presentado por Nicolás Bautista Guerra , para optar por el Abogado, bajo el título de LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE PREJUDICIALIDAD EN MATERIA DE ALIMENTOS EN ECUADOR. ha sido supervisado. Certifico que es fruto del trabajo del autor y puede ser sometido a evaluación por el comité de investigación de la Facultad de Derecho y Comunicación.

Quito, 25 julio 2018

Director Dr. José Javier Jarrin ph. d. ©

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA

Quito 25 julio del 2018

Yo Nicolás Bautista Guerra con cedula de identidad numero 1721018180 estudiante de facultad de jurisprudencia expongo que el trabajo de investigación de culminación de mi carrera titulado “LA MEDIACION COMO REQUISITO DE PREJUDICIALIDAD EN MATERIA DE ALIMENTOS EN ECUADOR” para optar por el título de abogado es de mi esfuerzo personal y autoría exclusiva; las ilustraciones diversas ,citas , ideas y enunciados obtenidas de cualquier documento, memoria, obra ,articulo , versión digital, impresa están citadas de forma estricta y clara tanto en la bibliografía y el texto

Estoy plenamente informado de las sanciones universitarias y de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

Firma del estudiante

AUTORIZACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Quito 25 de julio del 2018

Yo Nicolás Bautista Guerra con cédula de identidad número 1721018180 en calidad de autor del trabajo de investigación “LA MEDIACION COMO REQUISITO DE PREJUDICIALIDAD EN MATERIA DE ALIMENTOS EN ECUADOR”, autorizo a la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), a hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento en Ecuador.

Firma del estudiante

AGRADECIMIENTOS

En especial a las personas que me apoyaron y creyeron en mí.

DEDICATORIA

Al amor de mi vida con mucho cariño y esfuerzo Alegria, mis churonas que me apoyaron incondicionalmente y a todos aquellos que con sus palabras de aliento me ayudaron a culminar este sueño .

I. INTRODUCCION	7
II. DESARROLLO	12
1. CAPÍTULO I:	12
1.1. INICIOS Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN	12
1.2. DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA MEDIACIÓN Y DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA	14
1.3. LA MEDIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR	20
1.4. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	21
1.4.1. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL COGEP Y LA LAM	22
1.4.2. LA MEDIACIÓN EN MATERIA DE RÉGIMEN DE PENSIONES ALIMENTICIAS	25
2. CAPÍTULO II:	31
2.1. TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN: LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	31
2.1.1. LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN COLOMBIA	32
2.1.2. LA MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ARGENTINA	41
3. CAPÍTULO III: PROPUESTA	45
3.1. LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA COMO UN REQUISITO PREJUDICIAL VIABLE EN ECUADOR	45
3.1.1. LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA COMO UNA FORMA DE ASEGURAR EL ACCESO A LA JUSTICIA	45
3.1.2. LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN MATERIA DE ALIMENTOS COMO UNA FORMA DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LA FAMILIA	53
3.1.3. PROPUESTA DE INSERCIÓN DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN LA NORMATIVA ECUATORIANA	56
III. CONCLUSIONES	60
IV. RECOMENDACIONES	63

I. INTRODUCCION

Uno de los aspectos más preocupantes y de especial importancia para la sociedad, es el de procurar hacer un cambio en los sistemas judiciales encaminado a descongestionarse para hacer que la justicia se realice y ejecute de una manera real, eficaz y efectiva y, en consecuencia que los conflictos que se presentan a diario por los ciudadanos se resuelvan con celeridad. Para ello, se intenta optar por el uso de Mecanismos de Solución de Conflictos que intenten resolver controversias transigibles, previo a su ingreso a un proceso judicial.

En lo que respecta al procedimiento civil, el juez o las partes pueden solicitar la remisión del caso a un Centro de Mediación según el artículo 46 literal c de la Ley de Arbitraje y Mediación, lo cual demuestra que para acceder a la vía de la mediación en estos casos, es necesaria la remisión de oficio o a instancia de las partes pero siempre que hayan atravesado la ‘revisión’ judicial, pues como señala el artículo 1 del Instructivo para la derivación de Causas a los Centros de Mediación, publicado en el Registro Oficial No. 139 de 1 de agosto de 2007, la demanda debe ser revisada por una autoridad judicial.

Sin embargo, no es novedad que han existido varios eventos e irregularidades en casos en los que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se ven lesionados por la generalmente conocida falta de celeridad de los procesos en la administración de justicia de nuestro país, y el proceso de alimentos no ha sido la excepción.

La causa de dichas acciones y omisiones judiciales que podrían incurrir en violación a la misma tutela jurisdiccional efectiva puede obedecer por una parte a la gran carga procesal por el alto número de procedimientos que se ingresan en temas de familia en las judicaturas, y por otra, la falta de recursos humanos y materiales para brindar una correcta atención y despacho de causas. No obstante, aquello no es fundamento para dejar en desamparo el interés superior que se debe a los sujetos con un más alto nivel de protección como son los niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, se debe tomar en cuenta que la Constitución ecuatoriana, al garantizar al derecho de acceso a la justicia, lleva comprendida también la posibilidad de que las partes puedan solucionar sus controversias, de una forma oportuna y rápida, aplicando para el efecto, los mecanismos de solución de conflictos señalados en el artículo 190 de dicho cuerpo legal.

De este modo, en materia de niñez y adolescencia, se ha de considerar que la controversia tiene como base la solución y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, verbigracia el pago de pensiones alimenticias, en el que los principios de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal, tienen un papel muy importante y fundamental en el amparo de este grupo vulnerable.

Por lo mismo, los asuntos de niñez y adolescencia al tener tan alta relevancia, deben ser considerados como una materia esencial para aplicar un sistema de mediación con directivas específicas con el objeto de salvaguardar el interés superior del menor y garantizar la aplicación real y efectiva de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Adicional a esto, la importancia de los mecanismos de solución de conflictos como la mediación, además de ser medios para la descarga de la labor judicial, son herramientas para garantizar el acceso a la justicia e impulsar una resolución de forma pacífica de los conflictos así como proporcionar una solución de conflictos sin dilaciones injustificadas y precisamente es en ese sentido es que se propone a la mediación como requisito de procedibilidad para este tipo de procesos.

No obstante, cabe señalar en este punto que una audiencia de mediación prejudicial, así como los efectos que tiene el acta de mediación correspondiente en caso de que las partes lleguen a un acuerdo de voluntades, no significa que el acceso a un recurso judicial no pueda impulsarse. Es decir, el acto de mediar no puede darse de una manera única, rígida e inflexible, pues se debe tener en cuenta que lo que prima en este tema realmente es el objeto que se persigue con el impulso del proceso de mediación como requisito prejudicial, el cual se basa en garantizar derechos de manera eficaz a través de la admisión de medios múltiples de mediación (modelos de mediación transformativo o circular narrativo, etc.), mientras no se vulneren los derechos de nadie y, por sobre todo, mientras no se desconozca el derecho de defensa, y a partir de ello, y

habiendo pasado por esta etapa entonces, dar la oportunidad y el acceso a las partes de someter el caso a activar el aparato jurisdiccional.

Del mismo modo, se debe destacar que el tema que nos encontramos introduciendo no sería un modelo nuevo en el país, pues han existido varias legislaciones del derecho comparado en la región que han visto la efectividad de la mediación obligatoria, por ejemplo, en los Estados Unidos se instauran estos procesos particularmente para asuntos de custodia de menores, en Perú y Argentina para asuntos civiles, laborales y de familia, y en Colombia para asuntos de familia. Lo señalado entonces, nos muestra que ha existido un avance considerable en el continente respecto de este tema invocando a los principios que atienden a la progresividad de las normas y actualización de ellas a las circunstancias actuales.

Así, en la presente investigación se revisa la factibilidad de la mediación como una vía eficaz, previa e independiente a la vía judicial para la solución de conflictos derivados del régimen de alimentos, para lo cual se reconocerán los medios para introducir a la mediación como un requerimiento de procedibilidad en esta materia en la legislación ecuatoriana.

En consecuencia, para introducir tales medios para el reconocimiento de la mediación como requisito de procedibilidad, en primer lugar (Capítulo I) se identifican las bases del sistema de mediación de forma general para luego ir a lo específico en el ámbito del proceso de régimen de alimentos en el Ecuador, para lo cual se analizará la Ley de Arbitraje y Mediación, Código Orgánico General de procesos y el Código de la Niñez y Adolescencia para conocer que su razón de ser es garantizar el debido proceso para la tutela de derechos de los administrados, sobre todo de los menores, y en ese sentido reconocer que estas normas deben interpretarse de manera holística y dentro del principio de integración de las mismas.

Seguido de aquello se investigarán casos normativos y jurisdiccionales (Capítulo II) en el derecho comparado respecto a la mediación como requisito de procedibilidad en el proceso de régimen de alimentos, los cuales son frecuentemente utilizados para resolver diversos tipos de controversias como contratos comerciales y civiles, responsabilidad extracontractual, procesos de separación y divorcio y también alimentos, y de esta manera también comprobaremos que aun cuando en un principio estos mecanismos fueron instituidos para que los ciudadanos acudieran a ellos de manera voluntaria, la prevalencia

de la cultura del litigio ha llevado a que se consagre la obligatoriedad de la mediación ya sea en la etapa prejudicial, o durante el proceso judicial.

Con los supuesto señalados y estudiados se propone finalmente una guía instructiva orientada a dar parámetros jurídicos para incluir a la mediación como requisito de procedibilidad en la legislación ecuatoriana (Capítulo III), para lo cual se expondrán parámetros de aplicación que sirvan o apoyen en calidad de medidas de aplicación para el mejor funcionamiento de éste método alternativo de solución de conflictos en el ámbito ecuatoriano, como un mecanismo indispensable para iniciar determinados procedimientos, y de esta manera comprobar la utilidad de la mediación como requisito de procedibilidad.

II. DESARROLLO

1. Capítulo I:

En el presente capítulo se muestran algunas reflexiones sobre el contenido, alcance e importancia de la mediación. Para lo cual se ha configurado la necesidad de realizar un breve acercamiento al origen y evolución de la misma en el mundo y la región, y posterior a ello, conocer su evolución y reconocimiento en el ordenamiento ecuatoriano, sobre todo en el ámbito del derecho de familia - específicamente en el ejercicio del derecho de alimentos-. A través de dicha revisión podremos entonces confirmar el alcance que tiene la mediación en nuestro país, lo cual nos permitirá a su vez confirmar la necesidad de ajustar a este mecanismo de solución de conflictos, para que actúe en correcta eficacia sobre todo en materias tan delicadas y urgentes de atención como lo es el derecho de alimentos.

1.1. Inicios y evolución de la mediación

Si nos remontamos al origen histórico de la mediación, debemos ir al origen mismo del hombre, debido a que es tan antiguo como lo es el mismo conflicto (Ortiz, 2016, pág. 17). De este forma, su génesis es la de la vida en comunidad y existen fragmentos filosóficos presocráticos que lo prueban, como los de Heráclito y Aristóteles donde se traduce que “el conflicto es el promotor del cambio y a su vez es consecuencia de este... y simplemente se necesitan dos seres, ya que el conflicto se caracteriza por la dualidad adversario – adversario” (Ahumada, 2011)

Aunque la mediación no haya sido denominada con este término desde el inicio, se conoce generalmente a la misma como una de las formas más antiguas de solución de conflictos, problemas y disputas. Así, ésta tiene sus orígenes en el Imperio Romano, donde surge la palabra ‘intercessio’, para referirse al acto por la que un magistrado de igual o inferior rango vetaba a otro en sus decisiones, estando éste presente. Del mismo modo, en las culturas china y japonesa, la mediación tiene una larga y antigua tradición, donde su historia no proviene del Estado sino de la propia comunidad y sus necesidad (Ortiz, 2016, pág. 17). Lo mismo ha sucedido en los países de África en donde las asambleas o juntas de vecindario han sido presididas por una persona respetada, lo que

ha conformado una herramienta formal de solución de controversias bastantes cercanos a la mediación (López Argumendo & Fernández de la Mela, 2015, pág. 22)

La mediación como la conocemos hoy nació en los Estados Unidos a mediados del siglo XX, como una técnica alineada a la resolución alternativa de conflictos. Lo señalado se justificó en dar una solución a los altos costos que representaban los asuntos judiciales en Estados Unidos así como la carga procesal al que habían llegado los tribunales, lo cual hacía que la gente con escasos recursos no pueda acceder fácilmente a la justicia. En consecuencia, aquello permitió que los ciudadanos se interesen en buscar otros modos de solución de controversias, naciendo entonces las ADR (Alternative Dispute, Resolution).

De esta forma, con el nacimiento de los ADR se descubrió una forma económica de gestionar los conflictos y descongestionar los tribunales, con lo cual, la satisfacción de las partes mejoró, pues a diferencia de los tribunales en los que un tercero elige al ‘ganador y perdedor del caso’, la mediación “persigue que los mediados alcancen por sí mismos un acuerdo con la ayuda del mediador y ambos ganen. Como vemos, es lógico que esta forma de solución de conflictos, esté más implantada en EEUU, su andadura en el tiempo es mayor y determinados asuntos como los temas de familia se solucionan por esta vía” (CEJUDO ABOGADOS, 2014).

En lo que respecta a América Latina, la mediación también se ha acogido como un mecanismo de solución de conflictos muy similar al ADR, pues es el mismo que se conoce como MASC o Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Tal es el caso de México, Brasil, Guatemala y Colombia, en donde se ha visto abundantes casos de mediación como un método para resolver controversias por ser en parte sociedades con alto porcentaje de conflicto (López Argumendo & Fernández de la Mela, 2015).

De la misma manera, en algunos países como en Argentina, se ha implementado a la mediación en los conflictos comunitarios o vecinales en temas del día a día que generan conflicto como ruidos molestos en altas horas de la noche, invasiones de estacionamiento, etc. Asimismo, se habla y con más frecuencia en el actualidad del fenómeno de la violencia escolar (bullying) que ha tomado importancia en las afecciones psicológicas y emocionales de muchos menores, y por esa causa la UNESCO ha expuesto que la solución de este tipo de conflictos debe darse con un enfoque pacifista por conducto de la mediación escolar, por lo que algunos países como México se encuentran en

proyectos legislativos para introducir a este MASC dentro de dicho ámbito (Ortiz, 2016, pág. 12).

Con todo lo señalado, entendemos entonces que el alcance del concepto de mediación se liga muy fuerte al carácter extra judicial de solución de conflictos, y que dicho concepto no ha venido llamándose así desde siempre, sino que ha tenido su evolución obligatoria a través de los tiempos debido a que el conflicto es una parte inherente a las relaciones entre personas y que no debe verse como algo negativo sino como una causa para buscar formas de solución, de manera pacífica y no violenta como muchas veces lo era, o lo sigue siendo.

1.2. Definición y Alcance de la mediación y de la mediación obligatoria

Habiendo visto la evolución de la mediación tanto de forma general como regional, vemos oportuno entonces hacer un alcance de cómo se entiende a la mediación en estos tiempos a través de una revisión en su mayoría doctrinal; y en este sentido lo primera aclaración que debe realizarse es que la mediación es un tipo de MASC cuya naturaleza jurídica pertenece a los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, los cuales “se caracterizan porque son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia que las enfrenta” (Marín, 2012, pág. 69).

De esta manera puede comprenderse los MASC poseen distinta naturaleza jurídica, existiendo dos grandes grupos, aquellos que son autocompositivos, en donde son las partes quienes son las principales protagonistas en encontrar una solución a las controversias existentes, y los métodos heterocompositivos, en los cuales una tercera persona o un conjunto de ellas son las que toman la decisión respecto al conflicto o controversia. La mediación se ubica precisamente dentro este primer conjunto de métodos, pues busca que sean las partes quienes lleguen a una solución efectiva que ponga fin a la controversia.

Ya en cuanto a una definición propiamente dicha, existen varios criterios sobre ello, y diversas corrientes que se inclinan a distinciones conceptuales de la mediación. No obstante existen autores que han propuesto una visión integrada de la mediación así Folber, Taylor y Moore, citados por Miranzo de Mateo (Análisis y Resolución de Conflictos, 2016, pág. 12) quienes señalan que la definición la conforman seis elementos que el autor resume así: “la mediación es: 1) un procedimiento 2) que resuelve un conflicto entre dos 3) con un acuerdo justo y legal, 4) obtenido de un diálogo mantenido

de forma voluntaria, 5) moderado por un mediador imparcial y neutral, 6) provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva”.

De la definición apuntada por los autores puede comprenderse precisamente el carácter que tiene la mediación, que en primer lugar pertenece al conjunto de MASC, siendo su principal función la de resolver un conflicto o litigio que ha surgido entre dos partes, pero por un método distinto al de la justicia ordinaria, mediante un acuerdo entre dos partes, quienes a través del diálogo, y en forma voluntaria, llegan a un acuerdo que será justo y legal para ambas. Con el objeto de que este diálogo sea más efectivo, las partes estarán asistidas por una tercera persona, llamada mediador, mismo que deberá ser neutral e imparcial, y estará capacitado plenamente para cumplir con su labor. En cuanto a su autoridad, será de carácter moral, y en la definición aportada por los autores consideran que tiene potestad coercitiva, aunque esto dependerá de la naturaleza jurídica que se le dé a la mediación en la normativa pues como ya se señaló antes, generalmente es autocompositiva, por lo que son solo las partes quienes podrán en forma libre, llegar a un acuerdo.

Por su parte, los autores López Argumendo & Fernández de la Mela (El Acuerdo de Mediación, 2015) opinan que:

[...] la mediación suele situarse junto con la negociación bajo la rúbrica de las fórmulas de resolución de disputas [...]. Como tal, la mediación se orienta a la consecución de un acuerdo o solución transaccional que ponga fin –total o parcialmente– a la controversia suscitada entre las partes, derivada –con carácter general– de una relación contractual previa. El logro de un arreglo pactado que satisfaga los intereses de las partes y evite la iniciación de un pleito o un arbitraje (o ponga fin al ya entablado) se perfila, por tanto, como el resultado deseable de la mediación. (p. 6)

Respecto a la definición aportada por los autores, la mediación constituye un fórmula de resolución de una controversia o litigio, siendo su objetivo el de conseguir un acuerdo que ponga final a la controversia. Un aspecto importante que es aportado por los autores, es que dicha solución podrá ser tanto parcial como total, por lo cual, las partes podrán ponerse de acuerdo tan solo en determinados aspecto a través de la mediación, mientras que otros puntos de la controversia podrían ser resueltos mediante un procedimiento judicial ordinario, en el caso de que no se pudiese alcanzar un acuerdo total que finalice del todo a la controversia.

Otra de las finalidades señaladas por los autores, es que la mediación constituye un procedimiento previo que pretende evitar el inicio de otros de tipos de MASC, como el arbitraje, o de ser el caso, el procedimiento litigioso propiamente dicho, ya que en diversas legislaciones se suele disponer el uso de la mediación como un mecanismo alternativo y previo, por el cual se puede llegar a una solución, antes de recurrir a otro tipos de MASC hetero-compositivos como el arbitraje o al procedimiento de justicia ordinario, en los cuales, la decisión es tomada por una tercera persona o personas.

Del mismo modo, la realidad de la mediación según Bernal y Correa (La conciliación prejudicial obligatoria en procesos de alimentos, 2002, pág. 13) se despliega a partir de una disputa que debe solucionarse mediante la intervención de un colaborador; el interés de sujetos que quieren resolver sus intereses para proteger sus relaciones a largo plazo; la existencia de un compromiso que incumbe a la responsabilidad de las partes y de un conciliador por medio de quien se argumenta y se ejecuta el diálogo.

De esta forma puede comprenderse como la mediación constituye un mecanismo de solución de controversias en el cual la iniciativa de resolución del conflicto la tienen en forma preferente las mismas partes, quienes optan por tratar de concluir con un conflicto de carácter jurídico, que ha surgido entre ellas, por un mecanismo alternativo al procedimiento ordinario que dispone dentro de la normativa legal vigente para tal efecto. Si bien es cierto, son las mismas partes la que tienen la iniciativa para llegar a un acuerdo, y solo son las mismas quienes podrán dar por concluido el procedimiento con la aceptación de dicho acuerdo, esto no implica que siempre sean éstas quienes directamente se pongan de acuerdo para llegar a la solución, sino que de común acuerdo podrán designar a una tercera persona neutral o imparcial, llamada mediador, para que les ayude en tal objetivo, pues se trata de una profesional que está plenamente capacitado para asistir en estos casos.

Por esta razón, una de las características principales de la mediación, es que para la solución del conflicto, las partes acuden en busca de la ayuda de un tercero llamado mediador, quien facilita la comunicación entre las mismas, busca los puntos en conflicto y además sugiere las posibles soluciones a fin de resolver el litigio. Por esta razón el autor John Haynes (2005) señala que “la mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto” (p. 78).

Por su parte, la autora Pilar Lasheras Herrero (2008), define la mediación como “aquella intervención del mediador que busca ayudar a las partes a enfrentarse al conflicto, abriendo nuevas vías de diálogo, y a encontrar una solución” (pág. 134); De esta definición puede comprenderse cuál es el rol principal del mediador, quien tiene como principal objetivo el facilitar la comunicación entre las partes, pero además aportará con la sugerencia de posibles soluciones, siendo únicamente las partes quienes podrán aceptar o rechazar estas propuestas. Criterio similar tiene la autora Marines Suárez, quien apunta la siguiente definición de mediación:

La mediación es un dispositivo no adversarial de resolución de disputas, que incluye un tercero neutral cuya función es ayudar a que las personas que están empantanadas en la disputa puedan negociar en forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma. (Suárez, 2003, pág. 59)

Conforme la definición apuntada por la autora, puede comprenderse como la mediación es un mecanismo que no se caracteriza por ser adversarial, sino que al contrario, y en concordancia con la naturaleza misma de los MASC, se caracteriza por la voluntad que tienen las partes en solucionar mediante el diálogo, y en forma amistosa el litigio, para lo cual aceptan la ayuda de una tercera persona llamada mediador, para que les ayude a buscar una solución, parcial o total, que será definitiva en la solución del conflicto, y que dejará a ambas partes satisfechas.

Una última definición que debe ser analizada, es la del autor Enrique Urquidí quien considera que:

La mediación es un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción (...) la mediación puede ser concebida como una colección de técnicas de negociación que permite restablecer o reforzar la confianza y el respeto entre los participantes. Además, fortalece la autodeterminación y, en su caso, ayuda a minimizar los efectos adversos de una ruptura definitiva de relaciones. (Urquidí, 2004, pág. 19)

Como se observa a partir del texto citado, la definición de mediación es una de las más completas, en razón de que el autor expresa la naturaleza que tiene la mediación, en la cual, las partes se someten, en forma voluntaria y por sí mismas, a la búsqueda de una solución definitiva a un conflicto, buscando opciones reales, aplicables y legales para acabar con la controversia, que generen una satisfacción a las dos partes, por lo que no existe un ganador ni un perdedor, sino que en lugar de ello, se busca dialogar para solucionar el conflicto amistosamente, eliminando o minimizando los efectos que suelen

tener los procesos ordinarios, como la sensación de pérdida, la frustración y la generación de mayores conflictos. Otro aspecto importante señalado por el autor, es el hecho de que la mediación se compone por un conjunto de técnicas de negociación, que son conocidas y aplicadas por el mediador a fin de fortalecer la confianza de las partes y poder llegar a un final satisfactorio.

Adicionalmente, cabe señalar que la mediación es considerada un sinónimo de conciliación, lo cual ha generado mucha discusión entre especialistas. Así, algunos señalan que la diferencia radica en que en la primera, el mediador no puede dar fórmulas o hacer propuestas de solución, el conciliador sí puede hacerlas. Sin embargo, considerando que estos dos términos son mecanismos de solución de conflictos, y que nuestro ordenamiento no hace esta distinción expresa sino que los entiende iguales¹, en la presente investigación no entraremos en el análisis del conflicto de estos dos términos para lo cual señalaremos que la mediación y conciliación son sinónimos y así serán tratados a lo largo del presente estudio, lo que no sucede con el arbitraje, el mismo que si bien también es un MASC, tiene otra regulación al estar expresamente contemplado como un mecanismo al que las partes se someten para que un tercero independiente –ya no ellas mismas- decida o resuelva el conflicto.

Siendo así, podemos entonces entender que la mediación surge cuando concurren dos o más personas que mantienen una controversia y que, al no poder ponerse de acuerdo por distintos motivos e intereses de cada una, optan de forma voluntaria por concurrir frente a un tercero para que les asista a intentar solucionarlo. De esta manera, entendemos que el conflicto no es bueno o malo en sí mismo, sino que es la razón de la mediación la misma que ha sido creada para dar una solución pacífica, y voluntaria a través de un tercero neutral.

Por último y no menos importante, cabe introducir un ‘sub concepto’ de mediación en el ámbito de la investigación que nos encontramos tratando, este es el de la Mediación Obligatoria o Mediación como requisito de prejudicialidad o Mediación extrajudicial obligatoria cuyos enunciados se verán bastante analizados a lo largo de esta

¹ conforme el artículo 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación *La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.*

investigación. Así, sobre ella se ha dicho que ésta corresponde a un procedimiento ordenado, que se instruye de forma anterior al proceso judicial y se requiere la asistencia obligatoria de los particulares interesados que se encuentran en un litigio, los mismos que son socorridos o asistidos por un tercero neutral que es el mediador. En palabras de Chacha Pachar (La Mediación Prejudicial Obligatoria como Mecanismo para disminuir la carga procesal en los juzgados de lo civil del DMQ, 2016, pág. 32), la mediación prejudicial obligatoria, es un proceso que “nace como una necesidad urgente de la sociedad para poder aliviar y mejorar los problemas que surgieron en las dependencias judiciales de varios países de Latinoamérica, que eran básicamente la desmedida carga procesal, que tenía como efectos negativos, la falta de celeridad, ineficiencia y se demoraban los juicios hasta 10 años”.

Como bien señala la autora, la mediación obligatoria no es otra cosa, que el mismo proceso de solución de controversias, establecido dentro de una legislación como una fase previa obligatoria, que se aplicará antes de llegar al proceso litigioso. Su origen se da principalmente en el hecho de que, se busca priorizar la utilización de medios alternativos, para solucionar conflictos que se podrían denominar como “menores”, mientras que el sistema de justicia ordinario se lo deja para la resolución de las causas que tiene un mayor grado de conflictividad o que debido a las circunstancias, no pueden ser susceptibles de transigir. Con esta acción, lo que se logra es que exista un mayor descongestionamiento del sistema judicial ordinario, pues en cierto modo se les concede la posibilidad a las partes para que puedan resolver sus conflictos por sí mismas.

En ese mismo sentido, es que la mediación obligatoria “es uno de los procedimientos que busca superar la insuficiencia del sistema de administración de justicia, cuya importancia y utilidad tienen reconocimiento en las sociedades que han comprendido el efecto positivo que genera, al mejorar el clima de armonía entre los miembros de la sociedad” (Pekar, Salzer, & Aurelien, 2010, pág. 249); pues como ya se ha mencionado antes, su origen se produce, al menos dentro de Latinoamérica, como un medio para descongestionar los saturados sistemas judiciales, que estaban repletas de diversas causas en las cuales realmente no existía un mayor conflicto, por lo que la utilización de un medio alternativo constituyó una importante alternativa, tanto para mejorar la administración de justicia de ordinaria, como para los mismos ciudadanos, quienes tiene la posibilidad de mejorar las relaciones sociales y el clima altamente litigioso presente en forma mayoritaria.

De esta manera, se puede comprender que la mediación obligatoria es un tipo de mediación que incluso podría ser más eficaz, pues su inserción en la normativa permitiría agilizar y descongestionar procesos judiciales, y además su uso continuado –aunque al principio solo sería una obligación- generaría una cultura de utilización voluntaria de este mecanismo, lo cual aportaría en la sociedad la costumbre de resolver sus conflictos por medio de esta vía más pacífica, y evitando en lo mayor posible la vía jurisdiccional o litigiosa tan presente dentro de la sociedad ecuatoriana.

1.3. La mediación en la Constitución del Ecuador

Habiendo visto a breves rasgos el alcance de la mediación, revisaremos entonces cómo ha venido siendo reconocida en el ámbito local dentro de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC) como una figura que abarca la facilitación de respuestas rápidas y satisfactorias a conflictos generalmente sencillos, además de evitar procesos judiciales largos y aliviar la carga de los tribunales.

Así, en primer lugar se debe aclarar que la mediación obligatoria no se encuentra estipulada expresamente en el ordenamiento ecuatoriano, no así la mediación en sí misma pues en Ecuador a través de los años, se ha venido reconociendo de forma sistemática los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC), suscribiendo y ratificando Convenios relacionados al tema, entre los que se encuentra La Convención sobre Derecho Internacional privado de la Habana de 1928; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjero de 1979.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico nacional, Ecuador ha incorporado a los MASC desde finales del siglo XX. Así, la Constitución del año 1979 reconocía en su artículo 18 el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias. Por su parte, su predecesora, la Constitución Política del año 1998 también reconoce a los MASC en términos muy similares a la anterior Constitución en su artículo 191.

La Constitución de la República del Ecuador que se encuentra vigente desde el año 2008 presenta un reconocimiento amplio en materia de MASC, así por una parte en lo que respecta a la participación y organización del Poder, el título IV, Capítulo cuarto,

sección octava instituye los MASC estableciendo en el artículo 1902 que se reconoce la mediación y arbitraje, además de otras formas se pudieren utilizar como mecanismos para la solución alternativa de controversias, siempre que se tratare de materia transigible. Finalmente la normativa señala que la aplicación de los MASC en temas de contratación pública se podrá dar únicamente mediante el arbitraje en derecho, siempre y cuando existiere un pronunciamiento a favor de la Procuraduría General del Estado.

En concordancia con esta disposición, dentro de la misma normativa constitucional, se determina además la participación en democracia en el artículo 97 señalando que todas las organizaciones podrán desarrollar los MASC en los casos que permita la ley.

En dicho sentido, vemos como la mediación ha sido reconocida como un mecanismo de solución de conflictos, considerando además de que desde la Constitución de 1979 hasta la actualidad ha venido siendo incorporada constitucionalmente debido al papel que desempeña dentro de la solución de conflictos de los ciudadanos y su utilidad. El hecho de que actualmente se contemple dentro de la normativa constitucional implica, el grado de reconocimiento que se les otorga a estos métodos, como mecanismos que permiten la solución de conflictos, coadyuvan al sistema judicial y permiten la tutela y la protección de los derechos de las personas, que según dispone la misma Constitución ecuatoriana, en su artículo 3, numeral 1, constituye el deber primordial del Estado.

1.4. La regulación de la mediación en la legislación ecuatoriana

El presente acápite intenta hacer un acercamiento de la legislación general (Código General de Procesos y Ley de Arbitraje y Mediación) para pasar al análisis de la específica en la materia que nos trae a colación (Código de la Niñez y Adolescencia) con el objeto de comprender la base de la misma, y el procedimiento especial que se sigue en materia de alimentos, para así verificar el alcance y la importancia real de la mediación anterior y posterior proceso judicial.

2 Art. 190 CRE.- “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

1.4.1. La regulación de la mediación en el COGEP y la LAM

En primer lugar, se puede encontrar que dentro de la normativa ecuatoriana, se ha incluido a la mediación pero de manera ‘intra-procesal’ en el Código General de Procesos expedido mediante Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015 (en adelante COGEP). La mediación ha sido incorporada en dicho cuerpo normativo como un mecanismo que se lleva a cabo dentro del proceso judicial, el mismo que permite a los jueces, impulsar la conciliación entre las partes involucradas en el proceso, lo cual es concordante con el principio de oportunidad expresado en el artículo 2333 del COGEP que prescribe la posibilidad que tienen las partes por acudir a la conciliación en cualquier estado del proceso, siempre en estricta aplicación del principio voluntariedad, así como otros principios rectores como la confidencialidad y legalidad.

Por otra parte, la mediación, así como otros métodos alternativos de solución de conflictos son reconocidos por el COGEP, desde su parte considerativa, como un mecanismo válido para la solución de conflictos; y en consecuencia de ello, dentro de los distintos procedimientos también se faculta al juzgador para que en las instancias preliminares, pueda enviar la causa a un Centro de Mediación, ya sea de oficio o a petición de parte, como se prevé por ejemplo, dentro del artículo 294, numeral 6, referente a la audiencia preliminar del procedimiento ordinario.⁴

Del mismo modo, el juez puede dar paso de oficio a la conciliación, debido a que el mismo COGEP le otorga esta facultad dentro de los procesos judiciales, atribuyéndoles incluso de garantías de no ser acusados de prevaricato o recusados ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.

De este modo, lo señalado hasta aquí permite entender que el legislador conoce sobre la importancia de la mediación dentro del proceso, y tanto es así que faculta al juez la posibilidad de derivar el proceso a un Centro de mediación de oficio. No obstante,

³ Artículo 233 COGEP.- Oportunidad. Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

⁴ 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido.

vemos que el COGEP no estipula ninguna disposición expresa –ni tácita- sobre la mediación anterior al proceso.

Por su parte, La Ley de Arbitraje y Mediación expedida en Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1977, reformada mediante Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005 y codificada mediante Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006 (en adelante LAM), ha sido un paso sumamente importante para la integración de la mediación en el país pues a través de dicho cuerpo normativo se establecen los parámetros legales de la mediación y se determina incluso a la mediación comunitaria.

Así, el artículo 43 de la LAM⁵ da un alcance a la mediación disponiendo que se trata de un MASC mediante el cual las partes resuelven el conflicto, con la asistencia de una tercera persona neutral, llamado mediador, siempre que la materia sea transigible, siendo este acuerdo de carácter extrajudicial y definitivo. Conforme se dispone dentro de esta norma se evidencia como, la mediación en la legislación ecuatoriana conserva su carácter autocompositivo, otorgando la posibilidad de resolver el conflicto en forma exclusiva a las partes, mediante un procedimiento voluntario que ponga final a la controversia.

Debido a la exigencia de la norma citada respecto al tercero neutral, la LAM establece que este corresponde a los centros de mediación o mediadores independientes autorizados para el efecto, mismos que podrán ser solicitados por cualquier persona natural o jurídica pública o privada legalmente capaz para transigir.

Por su parte el carácter extrajudicial inherente a la mediación se conforma cuando existe uno de los supuestos establecidos en el artículo 46 de la LAM⁶, es decir que la

⁵ Art. 43 LAM.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

⁶Art. 46 LAM La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales; b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y, c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten. Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta

mediación solo podrá proceder en tres casos concretos. El primero de estos es cuando exista un convenio escrito celebrado por las propias partes a través del cual se decida someter los conflictos a la mediación, en cuyo caso los jueces ordinarios no podrán conocer la causa sobre este mismo conflicto; salvo que en dicho procedimiento de mediación no se haya podido llegar a una solución, para lo cual se deberá expresar este hecho mediante un acta de imposibilidad de mediación. En el segundo caso, procederá la mediación cuando las dos partes, o una de ellas presenten la solicitud en un centro de mediación autorizado para tal efecto, o ante un mediador independiente. Finalmente, procederá la mediación cuando un juzgador ordinario lo disponga, sin importar el estado en el cual se encuentre la causa. Cabe señalar que en este caso, la mediación se regirá por el principio de voluntariedad, es decir, el mediador no podrá enviar el caso a un centro de mediación, si no es con el consentimiento y aceptación de las dos partes.

Sin embargo de los supuestos referidos, veremos en el siguiente acápite que en materias como pensiones de alimentos existen aquellos que no son de aplicación debido a distintos motivos que son altamente debatibles.

Por su parte, la LAM establece que el Acta de Mediación resultante en el que conste el acuerdo tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada (lo cual también es concordante con el art. 363.3 del COGEP), las que se deberán ejecutar del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Además, si el acuerdo fuere parcial, las partes involucradas están facultadas discutir en juicio solo las divergencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, las partes y el mediador deberán firmar un Acta de Imposibilidad la misma que podrá ser presentada por la parte interesada dentro del proceso judicial correspondiente si hubiere, la misma que tendrá carácter supletorio a la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos pero si se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales.

En este mismo sentido, la LAM en el mismo artículo 47 señala que en el supuesto

que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término.

de asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

1.4.2. La mediación en materia de régimen de pensiones alimenticias

Para introducirnos a este tema, es necesario que antes de hacer un acercamiento a las normas que rigen la mediación en este ámbito, se aclare lo que se entiende por el derecho de alimentos en sí mismo y el ámbito que se estudiará dentro del marco de este derecho que es el régimen de pensiones alimenticias de niños y adolescentes; para luego, en conexión con ello analizar la inserción de la mediación en el Código de la Niñez y Adolescencia en adelante CONA.

1.4.2.1. Naturaleza del derecho de alimentos

La importancia del acercamiento al derecho de alimentos, se encamina al carácter imperativo de este bien jurídico dada la alta protección que se exige para este tipo de derechos por su carácter inembargable, intransferible, imprescriptible e irrenunciable que les atañe (art. 3 CONA).

Los alimentos son definido por el autor Juan Andrés Orrego (2011), como “Todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra –por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción” (pág. 326); mientras que más ampliamente autor define al derecho de alimentos como aquel:

Que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio (Orrego, 2011, pág. 326).

En ese sentido, la obligación legal de alimentos responde a una finalidad asistencial, que consistente en recibir los medios necesarios para satisfacer las necesidades mínimas, vitales y dignas del necesitado, financiadas por un pariente con capacidad económica suficiente para afrontarlo (Gaitán, 2014, p.9). Así, la reclamación de pensiones alimenticias encuentra base en una obligación legal de los parientes de hacer frente a la solidaridad o respaldo a un familiar que por causas que no le sea imputable,

requiera de unas atenciones mínimas para poder sobrevivir de manera digna. En este mismo sentido, el autor Antonio Vodanovic explica que:

El derecho de alimentos, en sentido amplio, puede definirse como el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o la voluntad de las partes o la unilateral de un tercero, como es el testador que instituye un legado de alimentos (Vodanovic, 2004, pág. 4.).

De ese modo, nuestro ordenamiento reconoce esa titularidad de dicho derecho a través del CONA (art. 4) para diversos actores como niños, niñas y adolescentes no emancipados; adultos hasta la edad de 18 años, excepcionalmente hasta los 21 años si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos.

Sin embargo, en la presente investigación nos detendremos a estudiar únicamente el régimen de alimentos correspondiente a los niños, niñas y adolescentes. Lo anterior debido además a la naturaleza que le atañe a la protección de los derechos de los menores en los procesos de protección de la niñez y de la adolescencia, pues el principio de interés superior de los niños y niñas es el eje crucial con el que se deberían fundamentar todas y cada una de las decisiones judiciales de alimentos de menores así como el eje que debería considerarse para plantear a la mediación como requisito de procedibilidad.

De esta manera, no hay duda de que el niño juega un papel muy importante a la hora de considerar normas, procedimientos, servicios y actuaciones que se presenten a la sociedad. A este respecto, el Comité de Derechos de los niños y niñas (2013), ha sido claro en señalar que de acuerdo al interés superior del niño es exigible la adopción de un enfoque basado en garantizar su desarrollo físico, psicológico moral y espiritual, señalando además que:

[...] su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al **sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida**, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general [...] **si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño** (Naciones Unidas) [énfasis añadido por el autor]

Según lo señala el organismo internacional, el interés superior del menor consiste en un principio que procura establecer una garantía a través de la cual, los derechos y las necesidades de los menores prevalezcan por encima de cualquier otro derecho o de la decisión de una autoridad del Estado. Este mismo criterio ha sido adoptado desde la doctrina, en donde se ha considerado que este principio consiste en:

Orientaciones sistémicas, valorativas, generales, consagradas técnicamente por el orden jurídico y que en forma tácita o expresa reciben concreción o se conllevan o efectivizan en unas normas procesales, o se abstraen en forma general o particular, de las regulaciones atinentes a las pruebas. [...] El principio recoge el contenido de varias normas y se extrae de los casos determinados en ellas, pero cobija como abstracción un mayor número de situaciones (Borja, 2003, págs. 48, 49).

Del texto citado puede comprenderse la importancia del interés superior del menor, como un principio orientador de todo el sistema jurídico, que busca que las normas sustantivas y procesales efectivicen en la mejor forma posible, los derechos de los menores, de modo que no se trata únicamente de un principio aplicable a los casos concretos en los que se esté discutiendo acerca de derechos de los menores en forma particular, sino además como un principio que rige y orienta las políticas públicas, así como el desarrollo del marco normativo.

Este criterio lo comparte los autores Hernández, Roger y Alegre, quienes señalan que el principio de interés superior del menor mantiene una doble dimensión:

En primer lugar, el interés superior del niño se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos. [...] El interés superior del niño es también una norma de interpretación o de resolución de conflictos. La supremacía del interés del niño como criterio de interpretación debe ser entendida de manera sistémica: sólo el reconocimiento de los derechos “en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño. [...] Finalmente, el interés superior del niño se erige en orientación o directriz política (Hernández, Roger, & Alegre, 2014, págs. 3, 4)

Siendo un principio que rige la dirección de la política pública y el marco de protección de los derechos, el interés superior del menor también exige que la normativa de un Estado se oriente hacia la optimización de las normas y de los mecanismos que permitan garantizar los derechos de los menores en forma efectiva, otorgando un reconocimiento prioritario a los derechos de los menores en su conjunto.

En el Estado ecuatoriano, este principio se halla vigente dentro de la Constitución de la República, que ha consagrado este principio en su regulación, considerando en

primer lugar a las niñas, niños y adolescentes como un grupo de atención prioritaria (art. 35); y así mismo se consagra este principio en el artículo 44 del mandato constitucional, conjuntamente con la doctrina del desarrollo integral, que exige la participación de la familia, de la sociedad y del Estado en conjunta, en el desarrollo del menor y en la protección de sus derechos.⁷ Este mismo principio consta dentro de instrumentos internacionales que son vinculantes para el Ecuador.

De esta manera, el principio de interés superior del niño es un principio esencial y de aplicación forzosa en los procesos de niñez y adolescencia y se deberá siempre observar a la jurisprudencia local e internacional para el efecto. Tal principio está señalado de en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas el mismo que puede ser reflexionado “como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña”.

Además de lo señalado, es de alta importancia señalar que el interés superior del niño es un decisivo frente a la adopción de políticas y vías procesales rápidas que aseguren y garanticen su derecho en aras de precautelar su bienestar, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. La toma de decisiones al respecto de ello, se deben considerar según lo que más le convenga al menor en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas del menor.

⁷ Art. 44 CRE.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de 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. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

1.4.2.2. Mediación en el régimen de alimentos de menores de edad

La mediación se encuentra reconocida con carácter especial dentro del Título XI Libro Tercero de Código de la Niñez y Adolescencia (arts. 294 a 297) del cual se pueden establecer las siguientes apreciaciones realizadas por el autor de la presente investigación:

i. La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia. Es decir que la mediación debe ir en total concordancia con la Constitución, el CONA y las demás leyes correspondientes así como los convenios internacionales aplicables. Por su parte por materia transigible ha de entenderse a aquella por medio de la que “las partes de manera legal pueden negociar y acordar y, que involucren los derechos que pueden ser cedidos con voluntariedad de conformidad con la ley” (Programa para la cohesión social en América Latina, 2016), por lo mismo dentro de este concepto, se incluye entre otras – patria potestad, tenencia, derecho de visitas- al derecho de alimentos.

ii. Los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderado. Se oirá la opinión del menor que se encuentre en condiciones de expresarla. Lo cual es de alta importancia y beneficioso en la inserción de la mediación en este tema pues en base a sus derechos inherentes y reconocidos internacional y constitucionalmente, los menores pueden expresar su ponencia ante en el conflicto.

iii. Se podrá llevar a cabo en Centros de Mediación autorizados para intervenir legalmente en esta materia. Los cuales para su acreditación correspondiente deberán cumplir las exigencias que el Consejo de la Judicatura plantea para el efecto. Actualmente existen 97 Centros de Mediación conforme la información de la página web de dicho organismo.

iv. En lo no previsto en esta normativa se aplicará la LAM, lo cual concuerda con lo ya señalado respecto del artículo 47 de dicha normativa y que se refiere a que en el ámbito de la niñez y adolescencia, el acuerdo de mediación será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del CONA.

Del mismo modo, existe también el Instructivo para la derivación de Causas a los Centros de Mediación, publicado en el Registro Oficial Suplemento 855 de 05-oct.-2016⁸,

⁸ Este Instructivo derogó el anterior Instructivo para la Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación", expedido por el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución de 10 de julio de 2007.

el mismo que permite la derivación de las causas a mediación en asuntos de alimentos⁹. En este instrumento se determina que la derivación procederá en cualquier momento después de la contestación de la demanda, pudiendo ser solicitada de oficio por el juzgador o petición de parte. El plazo para que las partes puedan aceptar el auto de derivación realizado por el juzgador será de tres días, y ante su silencio existirá una aceptación tácita del mismo. Una vez aceptada, se remitirá en forma inmediata al centro de mediación o al mediador independiente. Finalizada la mediación, será necesario que se remita el acta de mediación al juzgador para que se adjunte al proceso y se lo archive, salvo en materia de la niñez y adolescencia, en donde son susceptibles de revisión. En el caso de que existiere un acuerdo parcial, el procedimiento ordinario deberá resolver los puntos en los que aun existiere controversia.

No obstante, como se puede apreciar en el Instructivo se determina en forma clara que se aceptará la derivación a mediación, pero que esta únicamente procederá después de recibida la demanda en los juzgados competentes, y calificada y aceptada a trámite por el juez, es decir, el momento procesal para solicitarla será siempre posterior a la contestación de la misma, sin que se pueda utilizar este método alternativo como una procedimiento prejudicial.

Dicho todo esto y a modo de conclusión del presente Capítulo, se puede apreciar entonces que en primer lugar el alcance conceptual de la mediación tiene origen desde los inicios de los tiempos debido a las relaciones humanas y el connatural conflicto que se deriva de ellas, pero por su importancia poco a poco ha venido desarrollándose en distintos sectores y dentro de la estructura de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos como una herramienta extra judicial que muchas veces resulta más eficaz que la vía judicial.

Por su parte, en el ámbito de la mediación dentro del régimen de pensiones alimenticias vemos que en el país, aquella tiene un régimen especial, no solo por lo

⁹ Artículo 4.- La derivación procede de oficio o a petición de parte en cualquier momento del proceso después de contestada la demanda. [...] Artículo 5.- Emitido el auto de derivación por parte del juez, las partes, dentro del término de tres (3) días, podrán aceptar o negarse a la mediación o solicitar cambio de centro de mediación; el silencio de las partes será considerado como aceptación tácita [...] Una vez verificada la aceptación de las partes, el juez remitirá de inmediato el proceso al centro de mediación. [...] Artículo 9.- Notificado el juez con un acuerdo total, adjuntará el Acta de Mediación al expediente y lo archivará salvo en los casos de materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, que de conformidad a las normas sobre la materia, son susceptibles de revisión. En caso de un acuerdo parcial, el juicio continuará respecto de los puntos en los que subsista la controversia. [énfasis añadido por el autor]

señalado en el CONA y el LMA, sino también que tiene su propio Instructivo con características propias las cuales hacen necesaria la remisión de oficio o a instancia de las partes pero siempre que hayan atravesado la ‘revisión’ judicial (calificación y aceptación), pues la demanda debe ser revisada por una juez. Sin embargo, queda en tela de duda la eficacia y real utilidad de este trámite frente a una posible falta de celeridad debido a la carga procesal que tienen nuestros juzgados, y si esto es así, estaríamos frente a la vulneración de derechos al debido proceso y falta de aplicación del interés superior del niño.

2. Capítulo II:

Para la elaboración de este capítulo se usará el método histórico-lógico por medio del que la información recabada será analizada para comprobar la evolución que ha venido teniendo este tema en países que han introducido a la mediación como un requisito de procedibilidad y cómo se ha efectuado su progreso. Posterior a ello, se ha visto necesario además usar el método de Análisis –Síntesis a fin de extraer los elementos esenciales de los fenómenos que se han dado en el derecho comparado con el objeto de abrir el telón a una propuesta al menos cercanamente viable para el procedimiento ecuatoriano en la materia. Así, cabe destacar que se usará entonces la Técnica de Investigación o Revisión Documental por medio de la que se obtendrá información investigativa a través de la revisión doctrinaria, criterios, análisis legislativo y pronunciamientos judiciales que tienen relación directa con el tema, y la Técnica de la Entrevista a un número determinado de abogados a fin de comprobar el nivel de aceptación de la mediación pre procesal obligatoria en este ámbito.

2.1. Técnica de investigación: La regulación de la mediación como requisito de procedibilidad en el derecho comparado

En la presente sección revisaremos algunas consideraciones interesantes respecto de los avances que se han dado sobre la conciliación o mediación extrajudicial en el derecho comparado, lo cual nos permitirá revisar el modo de ejecución y eficacia de este requisito y así poder reflexionar acerca de los beneficios de una inclusión similar de este requisito en países como Ecuador.

Los países que han incorporado en sus legislaciones a la conciliación extrajudicial como requisito prejudicial, han sido Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Honduras,

Perú, Uruguay, Venezuela. Sin embargo, por la extensión de la presente investigación se ha optado por elegir dos de ellos, que son Colombia y Argentina como países del derecho comparado a analizar.

2.1.1. La mediación como requisito de procedibilidad en Colombia

Respecto al tema que nos encontramos tratando, en primer lugar consideramos la importancia de mencionar que Colombia ha introducido a la mediación como requisito de procedibilidad como una herramienta que ayuda a solventar la carga procesal de los juzgados en dicho país, sobre todo considerando que según el informe Doing Business 2013 publicado por el World Bank (Díaz & García, 2014), Colombia se posiciona con el número 154 de 185 países estudiados respecto de la eficiencia en la resolución judicial de controversias. “De suerte que, conforme a dicho informe, Colombia se ubica como uno de los países más lentos en lo correspondiente al funcionamiento del sistema judicial, lo cual infiere la necesidad de implementar medidas oportunas y sobre todo “efectivas” para enfrentar el problema de la congestión judicial”. (Díaz & García, 2014, pág. 144)

Con lo señalado, revisamos entonces que la importancia de la inserción de este requisito de procedibilidad ha sido una pieza clave para el aseguramiento de un proceso ágil que le corresponde promover al Estado. De esta manera, en materia de procesos que se tramitan ante la jurisdicción civil, es necesario tener en cuenta las derogaciones y vigencias establecidas en las distintas leyes colombianas respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad en procesos ordinarios y abreviados pues con ella se podrá divisar la intención insistente del legislador de reforzar a la conciliación como un requisito de procedibilidad así como las vicisitudes que ha tenido que pasar este fenómeno para incorporarse a la normativa colombiana y asimismo se revisarán pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto que permitirán dar un alcance más incisivo de la utilidad de la mediación ex ante.

2.1.1.1. La mediación en la normativa colombiana y su compleja introducción como requisito de procedibilidad

La normativa que rige la conciliación en Colombia es diversa, dejando claro que la Constitución Política de Colombia de 1991 y vigente hasta la actualidad, reconoce en el artículo 116 la posibilidad de que particulares puedan ser considerados con la facultad de administrar justicia actuando como conciliadores; y si bien no se habla expresamente

de la mediación o conciliación como garantía, el artículo 5 de las Disposiciones Transitorias faculta al Presidente de la República la expedición temporal de normas para descongestionar los despachos judiciales.

En dicho sentido, en noviembre de 1991 se emitió el Decreto 2651 (Diario Oficial 40177 de 25/11/1991) que disponía que las cuestiones susceptibles de transacción, (distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviere representada por curador ad litem.), las partes, de común acuerdo, pueden pedir al Juez que aquellas se sometan a trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial, a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición.

Luego de aquello emitieron otras Leyes con carácter permanente a fin de sustituir esa normativa transitoria expedida por el Presidente de la República en su facultad constitucional. Así, se expidió la Ley 446 de 1998 (Diario Oficial 43335 de 08/07/1998), que recogió las mismas disposiciones del Decreto 2651 y agregó la conciliación entre otras materias, la mediación en familia. Posteriormente, en el año 2000 (Decreto 1124 del 2000 y Resolución 800 del 2000), se crearon normas sobre los organismos conciliadores del Estado, y otras instituciones como consultorios jurídicos universitarios y personas jurídicas autorizadas.

Sin embargo, no fue hasta el año 2001 que se creó la Ley 640/2001 sobre normas relativas a la conciliación y otras disposiciones, que replanteó la conciliación en Colombia la misma que agregó protagonismo al papel de los abogados, quienes podrían conciliar en sus oficinas, además se creó el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia, y del mismo modo se introdujeron modificaciones sobre el contenido de Actas, obligaciones de conciliador y de centros de conciliación, así como la implantación de la prejudicialidad de la mediación en general (artículo 35), y en materia de familia (artículo 40). Cabe señalar que adicional a dicha Ley, se incorporó como consecuencia de la misma el Decreto 2771 de 2001 que la reglamentó pudiendo destacarse la vigencia del requisito de procedibilidad de la mediación y su aplicación o inserción gradual en los procesos.

2.1.1.2.Particularidad del artículo 35 sobre procedibilidad en la Ley 640/2001

La introducción de este breve acápite, tiene alta importancia debido a que si bien en principio se introdujo la aplicación procedibilidad de la conciliación en todas las

materias, las variantes realizadas en el tiempo, han permitido distinguir a la mediación dependiendo el área de que se trate, pues en no todas tiene la misma utilidad.

De este modo, la antes mencionada Ley 640/2001, y sobre todo su artículo 35 sobre procedibilidad ha venido manteniendo una constante variación. Actualmente, el artículo 3510 prescribe que en los asuntos en los cuales sea posible la conciliación, será un requisito de procedibilidad que las partes hayan acudido a la conciliación extrajudicial en derecho, cuando la controversia sea de jurisdicción, civil, de familia y contencioso administrativa, con la excepción de que en los asuntos de familia y civiles también podrá aplicarse la conciliación en equidad y no solamente en derecho.

Solo una vez que se haya realizado la mediación previa y no se haya encontrado una solución a la controversia, ya sea en forma total o parcial, se podrá continuar con el proceso jurisdiccional, y en este caso se omitirá la fase de conciliación prevista para todos los demás procesos. Este requisito prejudicial se cumple solo cuando se ha celebrado la audiencia de conciliación y no haya acuerdo entre las partes, o cuando haya vencido el término para lograr el mismo. Se excluye del procedimiento obligatorio de la mediación previa, en los casos en los cuales se desconozca el domicilio del demandado, en cuyo caso se podrá acudir directamente al procedimiento jurisdiccional, previo juramento.¹¹

Debe destacarse el hecho de que en la legislación colombiana, la mediación previa como un requisito de prejudicialidad no constituye únicamente un formalismo con el que deben cumplir las partes para que puedan iniciar la fase litigiosa, sino que la normativa exige que se cumpla de forma que exista una posibilidad real de lograr un acuerdo entre las partes; prueba de ello es que, en los asuntos de civiles y de familia se exige que con la

¹⁰ En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad. Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplan como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

¹¹ El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación. Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando 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, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero. De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley. [...]

solicitud para la mediación se acompañen las pruebas de las que dispongan las partes, y que en caso de no lograrse un acuerdo parcial o total, en el procedimiento ordinario no se admitirán las pruebas que no hayan sido presentadas durante la conciliación.¹²

Lo señalado en dicho enunciado nos da algunas pautas sobre este requisito de procedibilidad. Así, se entiende que no todas las áreas tienen el mismo régimen de aplicación del requisito de procedibilidad, y sobre aquello ha tenido mucho que ver la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la que mediante sentencia 893 de 2001 declaró inexecutable el requisito de procedibilidad en el ámbito laboral, más se abstuvo de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este requisito en las demás jurisdicciones incluyendo el ámbito familiar, materia que como veremos en el siguiente acápite fue objeto de estudio en otra sentencia posterior a ella.

Del mismo modo, dicho artículo nos da un acercamiento a la importancia que le ha dado el legislador a la procedibilidad de la mediación, y tanto es así que de su literalidad podemos entender que si no se ha llegado a un acuerdo conciliatorio, la fase de conciliación dentro de un proceso judicial, ya no será necesaria pues ya se ha cumplido ese requisito ex ante. En adición a ello, tal es la importancia de la procedibilidad de la conciliación que el mismo artículo ha señalado que en el caso de que no se diera un acuerdo entre las partes, en el proceso judicial ex post no se admitirán pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder

Finalmente, es necesario señalar, que existe una disposición que no se encuentra expresa en el artículo 35 de la Ley 640/2001 pero que forma parte de este. Se trata del antiguo e inicial inciso quinto del artículo 35 que señalaba que “cuando en el proceso de que se trate, se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley”. Lo cual parece lógico frente a la ocurrencia de situaciones y casos en los que se requiera la adopción de medidas encaminadas a proteger derechos de los afectados.

12 PARÁGRAFO 2o. En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.

Dicho enunciado es importante pues aún se encuentra vigente aunque en otra Ley. Esto sucedió debido a que el 2 de julio del año 2012 se llevó a cabo una derogatoria del mencionado inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640/2001 por parte del artículo 309 de la Ley 1437 del 2011 por la que entró en vigor el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

No obstante diez días más tarde, esto es el 12 de julio de 2012 se expidió el Código General del Proceso (CGP) que ‘recuperó’ la disposición del inciso quinto del artículo 35 de la Ley 640 que había sido derogado, el mismo que volvió a entrar en vigor el 1 de octubre de 2012. Es decir la disposición acerca de que salvo en el caso de adopción de medidas cautelares, la conciliación extrajudicial deberá adoptarse como requisito de procedibilidad volvió a ser adoptado pero en el CGP y ya no en el art. 35 inciso 5 de la Ley 640/2001.

En tal sentido, es que la Ley 640/2001, ha dispuesto distintos artículos para las cada materia en especial en el ámbito de prejudicialidad de la mediación, así en lo que respecto a la materia de familia, el artículo 31 de la mencionada Ley establece que la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación y entidades autorizadas para el efecto. En concordancia con aquello, el artículo 40 de la mencionada Ley establece los asuntos en los cuales la conciliación deberá intentarse en forma previa, estando entre estos los relativos al régimen de visitas y los asuntos relacionados con las pensiones alimentarias, entre otras.¹³

De todo lo señalado anteriormente se colige entonces que en el Estado colombiano, las demandas que se presenten para iniciar un proceso declarativo, deberá acreditar el agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, salvo en los casos en que se soliciten medidas cautelares, conforme los procedimientos y exigencias que la ley disponga para cada materia, lo cual se aplica también en el caso de materia de alimentos. De este modo, se puede comprobar entonces el tan aclamado espíritu del

¹³ Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos: 1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces. 2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias. 3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial. 4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. 5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales. 6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad. 7. Separación de bienes y de cuerpos.

legislador, al ver que lo que finalmente se ha buscado es mantener a la mediación como requisito de procedibilidad dentro de la normativa.

2.1.1.3. La mediación como requisito de procedibilidad en la jurisprudencia colombiana

Habiendo hecho este acercamiento y análisis de la legislación colombiana en el ámbito de la mediación como requisito previo para iniciar procesos judiciales. Cabe entonces señalar que la Corte Constitucional colombiana ha emitido una interesante jurisprudencia al respecto de este requerimiento en el ámbito de las materias que han de tratarse como obligatorias de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Así, el caso que se analizará corresponde a la sentencia 1195-01 de noviembre del 2001 de la Corte Constitucional colombiana que se declaró la constitucionalidad de la exigencia de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en materia de familia, entre otros.

El inicio de este caso se dio en base a la demanda de inconstitucionalidad del ciudadano Andrés Rodríguez Pizarro contra los artículos 35, 36, 37, 38, 93 y 40 de la Ley 640 de 2001 sobre procedibilidad en materia de familia, civil, laboral y contencioso administrativa. El demandante alegó que el requisito de procedibilidad de la conciliación extra judicial es contrario al derecho al debido proceso de los ciudadanos el cual se ve estancado por el agotamiento previo de una etapa de conciliación que es una condición forzada para ejercer un derecho constitucional. Además, arguye que la conciliación y la justicia son conceptos opuestos, y que decir lo contrario estaría violentado el derecho de acceso a la justicia.

Frente a lo señalado, el problema jurídico a resolver por parte de la Corte Constitucional colombiana viene siendo el indagar si las normas de la Ley 640 de 2001 que establecen la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a las jurisdicciones de familia, civil, laboral y contencioso administrativa una restricción inconstitucional del derecho a acceder a la justicia.

De esta manera, para responder esta cuestión la Corte Constitucional sostuvo en primer lugar que ya existía una sentencia anterior a ella (C-893 de 2001) por medio de la que se declaró la inexecutable de las expresiones “requisito de procedibilidad” y “laboral”, contenidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 en lo que respecta a ese

ámbito, pero se abstuvo de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a las demás jurisdicciones mencionadas en el artículo demandado.

Así, en esta sentencia que nos encontramos analizando, la Corte Constitucional procede a expresarse acerca de la constitucionalidad de la procedibilidad de la conciliación en materia de familia, contencioso administrativa y civil.

En ese sentido, ve necesario en primer lugar analizar la importancia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en el aseguramiento del derecho de acceso a la justicia para lo cual expone que:

[...] estos mecanismos en los distintos sistemas jurídicos coincide 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.

De la mano con lo señalado, la Corte Constitucional reflexiona que tales consideraciones no pueden ser suficientes si no van de la mano con el derecho a la tutela judicial efectiva como garantía necesaria para amparar el derecho de acceso a la justicia y así establece que la justicia – sea formal o alternativa- es un derecho que está dirigido a la solución pacífica de los conflictos para lo cual indica que el derecho al acceso a la justicia no es útil solo porque se cumplan los requisitos formales de recursos y procedimientos, sino que estos deben ser idóneos y eficaces:

[...] 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 auto compositiva 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. [el énfasis pertenece al autor]

A partir de tal reflexión la Corte Constitucional establece que este derecho de acceso a la justicia comporta una serie de características para volverse efectivo y por lo mismo aquello le da facultad al legislativo para establecer límites a su ejercicio como plazos, legitimación, documentación y otro requisito de procedibilidad como la conciliación extrajudicial. Si no existieran este tipo de límites el derecho de acceso a la justicia pudiera concebirse entonces como “[...] una posibilidad ilimitada, abierta a los

ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia”.

Así, 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. En adición a ello, la Corte reflexiona que la conciliación extrajudicial podrá promoverse sin dilaciones injustificadas sino con la celeridad que las mismas partes estén después al 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.

Respecto de la procedibilidad de la conciliación en temas de familia, la Corte Constitucional señaló que la obligatoriedad de la conciliación prejudicial en esta materia conforme los casos establecidos en el artículo 40 de la Ley 640 de 2011 es exequible pues en el caso de esta materia “el artículo 31 de la misma Ley, al prever los medios materiales y personales suficientes para que se adelante de manera efectiva la conciliación extrajudicial en asuntos de familia, garantizan el acceso a la administración de justicia”.

No obstante de aquello, con esta sentencia se crea una excepción a esta regla, como lo es la situación de violencia intrafamiliar, en cuyos casos no será exigible el requisito de procedibilidad por ningún motivo:

[...] para la Corte la obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, resulta no sólo adecuada para alcanzar los fines señalados, sino efectivamente conducente para el logro de éstos, salvo en el caso de la conciliación en asuntos de familia cuando existen condiciones de violencia intrafamiliar [...]. Pueden existir circunstancias de violencia intrafamiliar que impidan crear las bases para un diálogo constructivo y de respeto mutuo entre las partes, donde sea posible escuchar y reconocer al otro como interlocutor y que posibiliten la solución del conflicto. En estas condiciones, no resulta efectivamente conducente a la luz del fin de garantizar la convivencia pacífica, forzar un espacio de encuentro que dada la naturaleza de los conflictos que surgen en un ambiente de violencia intrafamiliar, puede resultar contraproducente para alcanzar la solución pacífica del conflicto, al someter a la víctima a la obligación de encontrarse con su agresor.

Con todo lo dicho, se puede comprender entonces que no solamente es el legislador colombiano el protagonista de la intención de promover la conciliación

extrajudicial como requisito de procedibilidad, sino que lo son también sus tribunales que con una interpretación evolutiva sobre las herramientas ex ante y ex post a procedimientos judiciales, así como su conciencia sobre la existencia de la justicia formal y la no formal transitoria ejercida por particulares, consideran prudente y útil a la conciliación como requisito prejudicial. Lo cual da valor a la funcionalidad e intención de alcanzar soluciones pacíficas de esta práctica, sobre todo en temas de familia y más aún en asuntos de alimentos, que dado el vínculo afectivo que se crea entre padres e hijos, la conciliación es una oportunidad para impulsar una cultura de paz entre las familias colombianas y su desarrollo como sociedad.

2.1.1.4.Eficacia del requisito de conciliación prejudicial en Colombia

Como último punto de análisis respecto al derecho colombiano sobre la materia que nos encontramos tratando, ha de considerarse cuáles han sido los efectos de la inserción de la conciliación extrajudicial como requisito de prejudicialidad en Colombia.

En tal sentido, si bien no existen estadísticas completas acerca del efecto de este requisito pre procesal, según boletín informativo de la Presidencia de la República de Colombia “en 2015, de acuerdo con cifras oficiales, fueron atendidos por medio de la conciliación cerca de 130 mil conflictos relacionados, principalmente, con asuntos civiles y de familia” (Presidencia de la República de Colombia, 2016).

De manera general, en Bogotá, a inicios del 2002 y con la Ley 640 recién publicada, las solicitudes de conciliación en Cámaras de Comercio aumentaron notablemente, teniendo en cuenta que en el primer semestre fueron superiores a todo el año anterior. Las estadísticas en el tema comportó un cambio significativo al entrar a regir el requisito de procedibilidad. Además hubo una disminución en el porcentaje de conciliaciones sin acuerdo en comparación con el año anterior. No obstante de aquello, Ana María Peña y Carlos Polo (Conciliación Extrajudicial, un análisis a su aplicación práctica desde un punto de vista jurídico, 2004, pág. 101) quienes hicieron el levantamiento de esta información citada consideran que si bien aumentó el número de solicitudes de conciliación, el fondo e interés de la Ley 640 de 2001 ha sido tergiversado, convirtiéndose en un mero requisito para acceder a la justicia.

De este modo, vemos precisamente un ejemplo de la necesidad de analizar a este requisito pre judicial por materia. Por lo mismo respecto a asuntos de familia

específicamente, se ha encontrado que en Barranquilla se hicieron durante el año 2002, 21 solicitudes a la Cámara de Comercio de dicha ciudad, de las cuales 13 terminaron en acuerdo y 8 sin acuerdo (Peña, Polo, & Solano, 2004, pág. 103), lo que nos permite ver que más del 50% de las solicitudes en este centro de mediación privado fueron eficaces, habiendo evitado que ese número sume a la congestión procesal en los juzgados.

Si bien con la información citada pareciera que esas 21 solicitudes son un número pequeños, esto sucede porque se ha encontrado que los ciudadanos que actúan en esta materia tienen una considerable preferencia por centros de conciliación gratuitos.

Así, dentro de la mencionada búsqueda se ha hallado que en Bucaramanga ha sido notoria la preferencia de los ciudadanos por los defensores y comisarios de familia (entidades conciliadoras autorizadas según el artículo 31 de la Ley 640 de 2001) a la hora de conciliar estos asuntos, “quienes en total han realizado 9056 conciliaciones con acuerdo total durante los años 2002-2003, que equivale al 86.8% de las condiciones extrajudiciales en asuntos de familia celebradas en la ciudad” (Uribe, 2004, pág. 76).

De esta manera, con los ejemplos citados se puede apreciar la importancia de distinguir que si bien los requisitos de procedibilidad en general acompañan principios y derechos orientadores, cada materia tiene características y necesidades propias. Así hemos visto que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad es una herramienta importante al menos en este ámbito que puede llegar a aportar a la descongestión judicial como hemos visto en los casos revisados.

2.1.2. La mediación como requisito de procedibilidad en Argentina

En lo que respecta a Argentina, la Mediación es vista también como un requisito previo a todo proceso judicial. En este sentido, en el presente acápite se revisará cómo está compuesto el ordenamiento respecto de este tema en particular, y revisaremos que a diferencia del marco jurídico colombiano comparado en la sección anterior, ésta ha tenido un desenvolvimiento rápido y eficaz en su normativa.

2.1.2.1. La mediación como requisito de procedibilidad en la normativa argentina y su ágil introducción en la normativa

El uso de la mediación como requisito pre procesal en Argentina, se ha visto como una necesidad también de reducir la carga y congestión procesal que ahogaba los juzgados

argentinos, los cuales arrojaban estadísticas de ineficiencia procesal muy altas, así una estadística del año 1990 estableció que en dicho país se presentaron 168.400 demandas, sin embargo sólo se finalizaron 24.069 asuntos, o sea apenas un 14,3% (Lamm, 2012).

Aquello y el notable colapso de las instituciones judicial, provocó que en 1991 se creara una comisión para analizar la posibilidad de inserción de los MASC en la normativa argentina lo que desembocó en un proyecto piloto en varios tribunales nacionales argentinos. Los resultados de aquel proyecto piloto generaron cifras que alentaron a la creación de una posterior Ley de Mediación pues de aquel proyecto piloto resultó que el “60% de los casos fueron derivados a mediación por los jueces y el 40% restante se sometió a mediación por iniciativa de alguna de las partes y/o sus abogados. La experiencia arrojó una tasa de acuerdos del 50% de las mediaciones” (Lamm, 2012).

En ese sentido, en el año 1996 se publicó la Ley de Mediación 24.573 y su decreto Reglamentario 91/98, los cuales a su vez fueron modificados por la ley de Mediación 26.589 de 2010 y su decreto Reglamentario 1467/2011, los cuales se encuentran vigentes hasta la actualidad.

De este modo, como primera e importante apreciación, se ha de destacar que desde los inicios de la inserción de la mediación en la normativa argentina, si bien esta no ha sido definida expresamente en sus preceptos, se incorporó tal importancia en ella que se la consideró obligatoria dentro de todos los procesos judiciales excepto en casos puntuales como “causas penales, acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación, causas en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados sean parte; acciones de amparo, hábeas corpus o interdictos; medidas cautelares hasta que se decidan las mismas; 7. Diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios y voluntarios; concursos preventivos y quiebras; causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo” (artículo 2 Ley 24.573).

Lo señalado nos permite entonces entender que si bien existen materias de familia que se excluyen del ámbito de la mediación obligatoria, no lo hacen las causas en materia de alimentos, y así lo reflexionó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que señaló que están sujetas a este trámite en particular, “...los juicios de alimentos, tenencia y régimen de visitas” (Programa Naciones Unidas para el Desarrollo Argentina, 2012).

Con la ya vigente Ley 26.589 se tomó el mismo camino de su predecesora y se incluyó de manera expresa a la mediación familiar en su artículo 30, señalando que la misma comprende las controversias que se generan dentro del ámbito familiar, lo cual incluye las de carácter patrimonial o extra patrimonial, entre las que se encuentran en primer lugar las que versan sobre el derecho de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas, entre otros.¹⁴

A su vez, se señala una excepción en el marco de la aplicación de este artículo 31, y lo hace a través del artículo 32 de la vigente Ley que establece que si durante el proceso de mediación familiar el conociere de circunstancias que impliquen un grave riesgo para la integridad física o psíquica de las partes involucradas o de su grupo familiar, se dará por concluida la mediación, y se pondrá en conocimiento del Ministerio Público de la Defensa a fin de que solicite las medidas pertinentes ante el juez competente.

De este modo, como podemos ver, la mediación como requisito de procedibilidad se presencia como un procedimiento más limpio y sin enmiendas posteriores o anteriores, o discordancias entre los poderes del Estado respecto de su interpretación como sucedió en el caso colombiano que vimos anteriormente, sino que más bien se ha presentado como un proceso uniforme y concordante, sobre todo en materia de familia pues como lo señala el Programa Naciones Unidas para el Desarrollo Argentina (Estudio de la mediación prejudicial obligatoria, 2012, pág. 33), “esta materia es reconocida por los distintos actores del sistema —mediadores, abogados, jueces— como la más pertinente para la instancia de mediación con un 83% casos de familia en 2010”.

2.1.2.2. Eficacia del requisito de conciliación pre procesal en Argentina

Si bien en sus inicios, la Ley de mediación tuvo muchas críticas, con el paso del tiempo ha habido una aceptación general de ella, incluyendo de su precepto más

¹⁴ La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extra patrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5° inciso b) de la presente ley. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre: 1. Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil; 2. Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; 3. Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; 4. Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; 5. Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil; 6. Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; 7. Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

importante como es el sometimiento a la mediación obligatoria previa al proceso, y tanto ha sido así que la mayoría de provincias argentinas han ido adoptando paulatinamente estos preceptos. Tal percepción incluso se ha extendido al ámbito judicial siendo los primeros en adoptar estos procesos prejudicial conforme el estudio de Sergio Fernando Abrevaya sobre Mediación Prejudicial (2008) por medio de la que se encuestó a 200 jueces acerca de la eficacia de este requisito procedimental, frente a lo cual el 77% había señalado que la mediación es muy buena, y el 83% la consideraba útil la derivación de expedientes incluso ya iniciados.

Asimismo, Lamm (2012) concluyó en su artículo sobre Enseñanzas Después de 16 Años de Funcionamiento, que la experiencia argentina ha demostrado que la mediación prejudicial obligatoria es una vía eficaz para disminuir la litigiosidad y descomprimir los juzgados en una tercera parte mínimo, además considera con su estudio que la obligatoriedad de este requisito ha sido admitida tanto por la sociedad como por un gran número de los abogados y jueces, lo cual provoca realmente un nuevo paradigma de descongestión de tribunales y hasta de un nueva óptica de concepción del derecho.

Del mismo modo, la eficacia de la inserción de la mediación como requisito pre procesal ha tenido tal eficacia en Argentina que la misma Corte Constitucional colombiana en la sentencia 1195 de 2001 que reconoció la exigibilidad de la conciliación prejudicial tomó como ejemplo a la normativa argentina para motivar la agilidad y pertinencia de este requisito, así señaló que la valoración de la experiencia de la mediación obligatoria y previa durante los dos primeros años y medio de utilización de esta figura, en Argentina mostraron que el 45% de los casos atendidos culminaron en un acuerdo.

El crecimiento de la litigiosidad, que se encontraba en una curva ascendente al inicio de la vigencia de la ley, con un incremento promedio de 26,77% durante los tres años previos (1993/95) a la ley, se redujo en un 10,46%, en los tres últimos años del estudio de impacto (1996/99). La gran mayoría de los acuerdos logrados por las partes en la mediación se cumplen y sólo el 1,1 % de los casos terminan en procesos de ejecución judicial. Los estudios estadísticos realizados en Argentina muestran, además, que el mayor porcentaje de acuerdos se logra en conflictos cuyos montos van de \$1 a \$5.000 dólares, y a medida que el monto aumenta éstos disminuyen, con lo cual se ha mejorado el acceso a la justicia para casos que antes no llegaban a ella, por ser de cuantías relativamente bajas.

Como se ha podido apreciar en toda esta sección sobre el análisis del derecho comparados, observamos que cada ordenamiento jurídico tiene sus propias particularidades y antecedentes propios que lo marcan sus costumbres, la idiosincrasia jurídica de sus actores y su propia historia. No obstante de aquello, vemos que por muy distinto que pueda ser el proceso de inserción de la mediación como requisito de procedibilidad en las ordenamientos jurídicos e incluso el nivel de aceptación de la misma, ha podido llegar a ser eficaz al menos en la materia de estudio que corresponde al ámbito de familia y sobre todo en temas de alimentos, ayudando a solventar la carga y a veces cuantiosa carga procesal que han sufrido los juzgados como hemos visto en ambos de los países estudiados.

3. Capítulo III: Propuesta

Los estudios y reflexiones de los dos primeros capítulos que hemos revisado hasta el presente momento nos permitirán acercarnos a plantear en este último capítulo, una vía o solución saludable para la carga procesal en los juzgados a través del planteamiento de la mediación prejudicial obligatoria, así como sus principales justificaciones.

3.1. La mediación obligatoria como un requisito prejudicial viable en Ecuador: justificaciones

En este apartado, se revisarán varios postulados que nos permitirán verificar la importancia de la inserción de este requisito como obligatorio en materia de alimentos, las mismas que responden a la mediación como forma de asegurar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, así como el apoyo que significaría esta inserción a la hora de proteger los derechos de la familia, especialmente del menor alimentado.

3.1.1. La mediación obligatoria como una forma de asegurar el acceso a la justicia

El aseguramiento de derechos en el ámbito de la protección y acceso a la justicia, se vería siendo eficaz mediante el desenvolvimiento de varias características que le son inherentes a la misma mediación, entre ellas así se puede encontrar a la celeridad y el carácter económico procesal que son efectos del ejercicio de la mediación.

En ese sentido, respecto de la celeridad con la que actúa un proceso de mediación caben algunas reflexiones como el hecho de que viene aliada al derecho de todo

ciudadano a tener un proceso judicial sin retrasos ni demoras injustificadas, y asimismo la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 75, garantiza los principios procesales, de celeridad e inmediación señalando “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 [...]”.

Existen varios autores que se han pronunciado acerca de la celeridad en materia de mediación así, Vanessa Ludeña en su trabajo de investigación sobre mediación obligatoria ha señalado que la mediación es el procedimiento mediante el cual el principio de celeridad se cumpliría cabalmente.

[...] aplicando la mediación se producirá la disminución de los expedientes; consecuentemente, con la rebaja de los procesos en los tribunales o juzgados, los magistrados podrán otorgarle mayor dedicación aquellas demandas en donde no es factible ni positiva la mediación (materia no transigible), facultando un trato privilegiado a la materia a tratar, suministrando en sus resoluciones la perfección jurídica necesaria para que posean su objetividad y misión, es decir su propia razón de ser (Ludeña, 2014, pág. 19)

Con esta reflexión entonces se puede agregar que la celeridad sería sin duda alguna, beneficiosa no solo en el ámbito de la causa que se trate en mediación sino en las propias causas judiciales no transigibles porque se alivianaría la carga y congestión judicial en los juzgados.

Además de aquello, la celeridad viene aliada al principio de economía procesal que determinaría un menor coste al optar por la mediación, sobre todo en temas de demandas de alimentos en donde de cierta manera se ve afectada la economía del hogar para la manutención del menor, y por lo mismo requiere que ese requerimiento no implique más costos, por lo cual mediación en ese ámbito sería aún más eficaz, lo cual también lo comprobamos en las estadísticas presentadas en el capítulo segundo (acápite 2.1.1.4), sobre la alta concurrencia de los ciudadanos a centros de mediación pública en temas de familia.

Otros beneficios de la aplicación de la mediación en el caso ecuatoriano, también derivan de las mismos aportes que tiene en sentido general los MASC, para la mejora del sistema judicial y la construcción de una cultura de paz, características tradicionales que la doctrina ha resaltado de estos métodos frente al procedimiento ordinario. En este sentido, el Servicio Profesional de Derechos Humanos considera que:

Los métodos o mecanismos alternativos de resolución de conflictos son procedimientos solidarios y no formales que permiten a las personas involucradas ser gestores de cambios positivos y proactivos; buscan el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de todas las personas que participan. Son procedimientos democráticos de civilidad que fortalecen la capacidad de las y los ciudadanos para generar alternativas en la resolución de la situación conflictiva por la que atraviesan. (Servicio Profesional de derechos humanos, 2011, pág. 33)

Como se observa, los medios alternativos, entre éstos la mediación, teniendo un carácter no formal, sino más bien al contrario, permiten la posibilidad de que sean las mismas personas quienes contribuyan a un fomentar un cambio positivo dentro de sus propias conductas, lo que construye un sentimiento de participación democrática y genera la capacidad de que las personas sean autosuficientes en la solución de sus problemas.

Estos beneficios se maximizan dentro de una sociedad como la ecuatoriana, que tradicionalmente se ha caracterizado por la presencia del formalismo legalista jurídico y de la litigiosidad, características que han traído consecuencias negativas para la administración de justicia, como en la mayor parte de Latinoamérica, existiendo una saturación de los juzgados ordinarios.

Según el mismo Servicio Profesional de Derechos Humanos (2011), procedimientos como la mediación además permiten la existencia de una igualdad jurídica entre las partes, de modo que el aspecto económico no es un factor que inclina la balanza de la justicia a favor o en contra de una parte, sino que se les obliga a las mismas partes a buscar una solución mediante el diálogo, siendo iguales entre sí, para lo cual cuentan con la ayuda de una persona capacitada en gestionar la solución de controversias, identificando los puntos en conflicto y sugiriendo posibles soluciones que pueden ser aceptadas de forma voluntaria, lo que permite que no existan sentimientos de vencedores y perdedores o de injusticias, sino que el conflicto se convierte en un medio para fomentar la participación activa y pacífica de las personas, pudiendo intervenir en la toma de decisiones sobre sus propios asuntos, sin dejarlo en manos de otra persona, de modo que concluido el conflicto existe la posibilidad de mantener relaciones constructivistas con la otra parte.

Por estas mismas razones, autores como Gorjón y Sáenz consideran que los mecanismos alternativos, sobre todo los auto compositivos (como la mediación) actualmente se identifican “como una cuestión cultural en todo el mundo, al grado que se les considera como un nuevo paradigma en la impartición de justicia y se reconocen como

elementos de cambio en los sistemas judiciales del mundo moderno” (Gorjón & Sáenz, 2006, pág. 4).

Desde esta perspectiva puede comprenderse como, un sistema judicial moderno, se construye desde un nuevo paradigma, en el cual, se refuerzan los mecanismos que permiten la auto-solución del conflicto, mediante la participación activa de las propias partes, fomentando una construcción cultural en la sociedad, distinta a la que ha prevalecido años atrás, pues otra de las ventajas que poseen estos medios son su efecto progresista, de modo que las personas que optan por resolver sus conflictos mediante el diálogo, difícilmente vuelen a acudir ante la justicia ordinaria en caso de tener una nueva controversia, sino que optan por los medios alternativos directamente; y al mismo tiempo, son participes activos en comentar su experiencia con otras personas, lo que sirve de ejemplo para que la cultura del diálogo siga expandiéndose al interior de la sociedad hacia otros actores.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta en la actualidad, es la gran ignorancia que existen entre las personas respecto de sus propios derechos y la forma en la cual funciona el sistema judicial, razón por la cual, el acudir a los procedimientos jurisdiccionales tiene una desventaja, frente a los métodos auto compositivos como la mediación, en los cuales se capacita a las partes en la forma en la cual han de resolver sus conflictos, pero también se permite una capacitación progresiva de las personas acerca de sus derechos; “esto reditúa en una mayor conciencia de sus derechos y la necesidad de hacerlos respetar” (Servicio Profesional de derechos humanos, 2011, pág. 34).

Así mismo, un aspecto que debe enfatizarse es el hecho de que los medios auto compositivos forman parte de la construcción de una cultura de paz; y así los autores Rafael Gorjón y Rafael Sánchez, refieren que:

La paz es esencial para la evolución y desarrollo del hombre, no podemos visualizar un movimiento de paz sin la participación activa de la sociedad, no podemos considerar una acción de paz que no busque la justicia y la equidad, no podemos considerar una propuesta de paz que no prevea salvaguardar los intereses de las partes en conflictos. (...) Estos componentes se encuentran presentes en los métodos alternos de solución de controversias, son parte esencial de ellos y de la justicia restaurativa (Gorjón & Sánchez, 2012, pág. 29).

Como se observa, la construcción de paz va de la mano con la participación activa de la ciudadanía en equidad, así como también del logro de la justicia, fines que van de la mano con la democracia, estando presentes en los métodos alternativos de solución de

conflictos cada uno de dichos valores; por lo cual “la sociedad debe tomar conciencia que existen otros métodos distintos a la vía judicial para resolver sus conflictos”, lo cual requiere un cambio de conciencia a nivel social (Pacheco, 2004, pág. 58).

Sin embargo, cabe señalar que no puede equipararse a la mediación como un mecanismo judicial pues es un MASC, lo cual tampoco debe significar que por ser tal, se los desvalorice, sino que como señala Oscar Conforti (Incidencia de la mediación de conflictos en la tutela judicial efectiva., 2014)

[es] absolutamente primordial plantear la necesidad de percibir a la mediación como una herramienta de resolución de conflictos **y en un pie de igualdad al proceso judicial**. Ello sí reflejaría el **verdadero cambio de paradigma que la mediación propone y por el que aspira a generar una sociedad que sienta a la mediación como una alternativa real** frente al proceso judicial, alternativa auténticamente útil para una gran cantidad de conflictos con los que **ni siquiera compite con la jurisdicción porque ésta se desentiende de ellos a través del principio o regla de numerus clausus** (una relación de situaciones jurídicas en la que tanto los derechos como las obligaciones tienen su correspondencia con una solución en las normas jurídicas que los regulan) [...]. Si miramos desde el prisma del modelo de Estado paritario, y **asumimos que la mediación de conflictos es un mecanismo autónomo** que contribuye a la construcción de la paz social, entonces podríamos considerarla como un medio independiente de acceso a la Justicia fundamentado en la libertad de los ciudadanos [énfasis añadido por el autor].

Como vemos, existen varios principios que le corresponden a la mediación como tal, pero que fueron y son inherentes también al proceso judicial en sí mismo, por lo que se debe reflexionar que ambos sistemas, aun cuando tienen características diferentes y se ejercen en momentos distintos, no deben verse como opuestos sino como compatibles en un mismo fin que es garantizar la solución de conflictos entre ciudadanos, dándoles la oportunidad de mediar pacíficamente primero, y luego por vía judicial. Es decir, no se busca que el Estado olvide su deber de garantizar una tutela judicial efectiva so pretexto de aliviar la carga de la Administración de Justicia, sino que se use como una solución alternativa que busque y fomente esa cultura de paz en los ciudadanos sobre todo en temas tan trascendentales y delicados como el ámbito de familia en donde se construyen relaciones interdependientes.

Para lograrlo deberían generarse políticas públicas de alto impacto que favorezcan la evolución de los sistemas de bienestar social, de procuración e impartición de justicia en toda el orbe, siendo un requisito *sine qua non* de los gobiernos apoyar este cambio, considerando siempre las necesidades de la sociedad en vía de una mejor calidad de vida. (Gorjón & Sánchez, 2012, pág. 31)

Como explican los autores, considerando que los fines del proceso jurisdiccional y de los métodos alternativos de solución de conflictos son complementarios y tienen la misma finalidad de acceder a la justicia, procurando la tutela efectiva de las personas y el garantizar en forma efectiva los derechos de las personas, que son principios primordiales del Estado ecuatoriano, los gobiernos deberían garantizar la inclusión de políticas públicas y la adecuación normativa que favorezca una transición hacia una mayor aplicación de los mecanismos auto compositivos, siendo indispensable que las autoridades gubernamentales (legislativa y ejecutiva) se comprometan a apoyar este cambio, por lo que no solo se requiere de la generación de reformas normativas que faciliten el proceso de mediación, sino que también en forma complementaria, se deberá aplicar políticas públicas que faciliten la participación ciudadana en estos procesos.

Para justificar la necesidad de la aplicación de la mediación, es indispensable apuntar la postura del autor Luis Vado (2002, pág. 378), quien considera que para tener una visión completa de la necesidad de aplicación de métodos auto compositivos como la mediación, debe tomarse en cuenta tanto los beneficios que tienen los mismos, frente a las posibles desventajas que pudieren existir. Así, dentro de las ventajas incluye aspectos como:

Mayor rapidez para la resolución de los litigios; menor costo económico; menor costo emocional; descongestionamiento de instancias gubernamentales, principalmente juzgados y ministerios públicos; optimización de recursos gubernamentales; cumplir una función cívica, en el sentido de que enseñan a los ciudadanos a prever y resolver sus conflictos de forma privada.

Frente a estas ventajas, Vado propone como posibles desventajas “la falta de supervisión experta; posible parcialidad; imposición del más fuerte, ya sea en lo económico, social o psicológico: falta de objetividad; falta de cuadros especializados” (Vado, 2002, pág. 378); siendo todos estos aspectos fácilmente superables y corregibles, en cuanto que la mediación tenga una mayor aplicación y especialización en distintas materias, lo cual permitirá una mayor formación de mediadores expertos en distintas áreas¹⁵, quienes sean profesionales que asesoren no solo en la forma de resolver los conflictos de las personas, sino en capacitarles acerca de sus derechos. Además debe destacarse el hecho de que ninguna de estas dificultades planteadas por el autor constituye

¹⁵ En países como España, los métodos alternativos de solución de conflictos han ido más allá de la creación de un sistema general de mediación, sino que han ido acompañados de la creación de organismos especializados en materias de mediación, y consecuentemente, la capacitación de profesiones en cada área. Como ejemplo están la mediación en temas civiles, el arbitraje del consumo, entre otros.

un grave problema que desemboque en una flagrante vulneración de derechos o afectaciones graves de los intereses de las partes.

Un aspecto que debe enfatizarse, son los pasos que ya ha dado la sociedad ecuatoriana para lograr una transición hacia métodos alternativos de solución de conflictos en los últimos años, ya que esto permitirá justificar la implementación de la mediación prejudicial. En este sentido, puede observarse como, en el caso de la mediación concretamente, ha existido una tendencia de crecimiento hacia su utilización en distintas áreas. Así según datos del Consejo de la Judicatura, recogidos por Diario El Telégrafo:

Desde el 2014, el Centro de Mediación ha llegado a 100.000 acuerdos reparatorios, en los cuales trabajaron 136 mediadores de las 144 oficinas existentes en 111 cantones de las 24 provincias del país. “Esto ha significado el 11% de descongestionamiento del sistema judicial y un ahorro al Estado de \$ 27’000.000”, expresa Francisco Bonilla, director Nacional de esta dependencia. (Diario El Telégrafo, 2017)

De acuerdo con las cifras recogidas por el Consejo de la Judicatura, puede comprenderse como ha existido una tendencia en el aumento de aplicación de los MASC en el Ecuador, y concretamente en cuanto a la mediación, pues en los tres años del estudio realizado, se han logrado obtener cuantiosos beneficios para el sistema de justicia, en lo que se refiere al ahorro de recursos económicos para el Estado. Así mismo, se destaca que la tasa de descongestionamiento del sistema judicial ordinario es mayor del 10%, lo que deja espacio a que las causas más graves, o en aquellas en las cuales no se pueda mediar por distintos aspectos (materia no transigible, desconocimiento del domicilio del demandado) sean atendidas con mayor prontitud.

Otro dato que se puede destacar en este mismo estudio, son las tasas de abandono de la mediación, que según el mismo Centro de Mediación de la Función Judicial, publicados por el Consejo de la judicatura, y recogidas por Diario El Ciudadano, existieron en los Centros de Mediación una atención, “de enero a julio de 2015, 43.432 casos en todo el país. De ellos, el 44,36% (19.267) se instalaron en audiencias y en el 86,28% de estas, se logró un acuerdo (16.623)” (Diario El Ciudadano, 2015); es decir, la tasa de abandono de las causas casi equivale a la mitad de los casos en los que se presentó una solicitud para iniciar la mediación; y de éstos, cerca del 90% terminan con la promulgación de un acuerdo, lo que evidencia la tendencia de las partes por lograr una resolución definitiva a través de la mediación, sin recurrir nuevamente a la jurisdicción ordinaria.

Los datos más recientes, de este mismo año 2018, así mismo muestran el beneficio económico existente, tanto a favor del Estado, como para cada una de las partes, así según Diario El Telégrafo:

El Estado también se beneficia de la mediación, pues en los últimos cuatro años se ahorraron \$ 40'598.675 por el incremento del uso de este servicio. Solo de enero a julio de este año se economizaron \$ 5'407.025. De acuerdo con el departamento de Planificación y Estadística de la Función Judicial, un juicio cuesta \$ 470 y un caso de mediación \$ 145 (Diario El Telégrafo, 2018).

Según señala el estudio periodístico, el ahorro promedio que tiene el Estado con la mediación es mayor a la de un millón de dólares anual, por lo que el Estado tiene un ahorro significativo en el aspecto judicial; mientras que paralelamente las partes también se benefician, puesto que el procedimiento de mediación tiene un menor costo en el país, alrededor de tres veces menos que lo que implica un procedimiento jurisdiccional; de tal modo que, en muchos casos, la utilización de la justicia ordinaria implica que la cuantía de la causa supere a la inversión económica que tiene que realizar para lograr una resolución por esta vía.

Un dato mucho más que destacable, es el hecho de que el mayor número de casos de mediación, que se han presentado en el Ecuador durante este último año, en el periodo comprendido entre enero a julio del 2018, han sido por temas de familia. Es así que de 31285 solicitudes de mediación presentadas, 14045 han sido por temas de familia; es decir el 44, 89% de las mismas¹⁶. Esto demuestra que en lo referente a temas de familia, donde lógicamente se incluyen las controversias por materia de alimentos, es en donde existe una mayor voluntad de las partes por utilizar la mediación. En cuanto a la tasa de abandono de las causas en este mismo periodo de año, se estima que de las 31285 solicitudes de mediación presentadas, 18341 llegaron a la instalación de audiencias, es decir el 58, 62% de las mismas (más de la mitad); mientras que los acuerdos logrados fueron de 16637, que representa 53% de la solicitudes presentadas (Diario El Telégrafo, 2018).¹⁷

Esto demuestra una tendencia de evolución hacia la mejora, respecto a la primera cifra presentada, destacándose el hecho que la mayoría de las controversias que han sido solucionadas se han tratado de temas de familia, lo que muestra un panorama tendiente a la mejora en la aplicación de la mediación en esta área; en este sentido, la fuentes antes

¹⁶ Para mayor información revisar el gráfico del Anexo 1.

¹⁷ Para mayor información revisar el gráfico del Anexo 2.

señalada considera que esto se debe al hecho de que los mediadores en temas de familia, están mejor capacitados en estos temas, frente a los autoridades en materia judicial, pues se tratan de psicólogos y sociólogos que facilitan el diálogo en temas de familia; mientras que por otra parte, en los temas económicos, se obtiene mucho más rápido la liquidación reclamada.

En este sentido, debe destacarse que todos esos progresos se han obtenido, con el actual régimen de mediación actual, cuya característica principal ha sido la voluntariedad de las partes para poder llegar a acceder a la solución de una controversia a través de la mediación, es decir, sin que se la exija como un requisito de prejudicialidad en determinadas materias. Esto visibiliza la optimización de resultados que se podría dar, cuando dentro del marco legal se disponga en forma obligatoria, la utilización de la mediación como requisito de prejudicialidad, existiendo cada vez una mayor tendencia al crecimiento de la solución de las controversias por esta vía legal. Si a esto se le suma la utilización de políticas públicas que fomente la participación de los ciudadanos en procesos auto compositivos, existirá una verdadera cultura de solución pacífica y alternativa de conflictos.

3.1.2. La mediación obligatoria en materia de alimentos como una forma de proteger los derechos de la familia

Como primer acercamiento a esta sección, es necesario señalar que la protección de los derechos de la familia es una obligación que le corresponde al Estado en su calidad de garante para el correcto funcionamiento y patrocinio de derechos. Este deber de protección surge por el indudable hecho de que la familia es el núcleo de la sociedad, lo cual se encuentra dispuesto en muchos tratados internacionales como el artículo 16.3. de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En el mismo sentido lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño que confirma el deber de protección de los Estados en su preámbulo “convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad [...] reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su

personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Dichos deberes de protección por parte del Estado según como lo confirma Lepin Molina responde a un sinnúmero de aristas que tienen que ver con:

proteger a la familia y de propender a su fortalecimiento, y ello en toda actividad estatal, sea en su función legislativa a través de leyes que la protejan y fortalezcan, como en su función administrativa a través de la aplicación de aquéllas y de las medidas específicas que deba adoptar en su misión de satisfacer las necesidades públicas concretas a través de la prestación de bienes y servicios; pero también esa obligación pesa sobre el órgano jurisdiccional y contralor, puesto que ellos también son, obviamente, órganos del Estado (Los nuevos principios del derecho de familia, 2014)

La citada reflexión nos parece altamente importante pues da pautas de un hecho que no acepta duda en contrario que la familia como elemento importante en el crecimiento de la sociedad, debe ser procurada en el fortalecimiento de su estructura con la implantación de normas y políticas públicas que se orienten a conservar y consolidar los vínculos familiares, custodiando de esta manera, el interés familiar pero con pleno respeto a los derechos fundamentales de sus integrantes.

Así, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son fundamentalmente adecuados para afrontar las controversias de familia debido a la naturaleza de éstos, pues el sistema familiar se encuentra combinado por varios subsistemas como el parental, conyugal o fraternal que forman una proyección de relaciones de interdependencia entre sus miembros, como bien lo explica Vargas (La mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación., 2008), y en ese sentido es que la afectación de un miembro de la familia, puede vincular también a los demás quien también señala que la mediación en controversias familiares es de alta importancia y en temas de alimentos y custodia aún más, pues en la mayoría de casos afecta a las relaciones entre padres e hijos.

Las soluciones del tipo suma cero, en los que uno gana el otro lo pierde, propias del sistema de adjudicación de derechos no contribuyen al ejercicio compartido de los roles parentales. Por el contrario, la adjudicación que supone la definición de vencedores y vencidos no hace sino ahondar las diferencias y desacuerdos al interior de las familias. Por ello se considera que este tipo de problemáticas exigen dejar atrás un "criterio individualista y lineal propio de nuestro derecho"¹¹ y dar paso a un criterio integrador y sistémico, que permita la mantención de las relaciones parento-filiales más allá de la ruptura de pareja (Vargas, 2008).

Asimismo, el nivel de que este tipo de conflictos impacta en niños, niñas y adolescentes, puede ser tan alto debido a que el contexto judicial no suele ser amigable ni para adultos, y todavía menos entonces para los menores. Así, precisamente por ese motivo es que se generan varias dudas sobre si el sistema sería óptimo para asumir tal tarea en la que involucra la actuación de menores, lo cual requiere una protección mucho mayor que otro tipo de conflictos debido al principio universal del interés superior del niño, y en ese sentido la Convención de Derechos del Niño ratificada por el Ecuador, ha dado paso a múltiples consideraciones en el campo legal sobre normas relativas a la consideración del interés superior del niño como una herramienta fundamental para resolver sobre temas que puedan influir sus derechos e intereses.

En este sentido, destaca precisamente el principio del interés superior del menor desde su doble perspectiva, como una dimensión que procura alcanzar el bienestar del menor en cada caso particular, y por lo tanto, potencializa estos derechos por encima de cualquier otro, constituyéndose en una prioridad, para lo cual, el derecho de alimentos exigido en cada caso para un menor, requiere de un mecanismo lo mayormente ágil y efectivo para que pueda efectivizarse; pero además, requiere de la voluntad de las autoridades gubernamentales, en el sentido de que dicho interés es un principio orientador y modificador las políticas públicas y del marco normativo, por lo cual sería lógico que se busque instituir la obligatoriedad de la mediación en materia de alimentos, con el objeto de que se consagre precisamente ese mecanismo dotado de eficacia y agilidad procesal, para garantizar este derecho en mejor forma.

Vemos entonces cómo Ecuador es un país en el que, por un lado, a nivel jurídico se incentiva a la utilización de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, y por lo tanto se los ha reconocido dentro del marco constitucional y legal fomentando su aplicación; y por el otro, existe un apoyo cada vez más creciente a la utilización de dichos medios por parte de la ciudadanía, que en forma voluntaria y cada vez más frecuente, opta por la utilización de la mediación, principalmente en temas de familia.

Pese a ello, en la legislación ecuatoriana no se han dispuesto acciones concretas por completar ese ciclo de apoyo con herramientas que fomenten en mayor medida su uso, pues se ha visto que la implantación de este tipo de medidas de mediación extra judicial han fortalecido el aseguramiento del derecho a un debido proceso y acceso a la justicia de forma rápida y eficaz y en el caso de alimentos sobre todo, en mantener las

buenas relaciones entre los miembros de la familia del menor pues es conocido que la mediación en este tipo conflictos familiares alcanza una mayor preeminencia debido a los especiales rasgos que estos problemas poseen.

3.1.3. Propuesta de inserción de la mediación obligatoria en la normativa ecuatoriana

En este último punto, nos adentraremos en una iniciativa pensada a la luz del aporte o importancia ya vista en los anteriores capítulos y secciones sobre los criterios conceptuales y doctrinarios, las normas jurídicas establecidas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en lo que tiene que ver con la mediación, sobre los beneficios de la mediación en casos concretos como los analizados en el derecho comparado, así como el ámbito que garantiza un método alternativo de acceso a la justicia tendiente no solo a descongestionar los juzgados sino a hacer eficaz la protección de la familia como núcleo social, y particularmente los intereses del niño.

De esta manera, como primer acercamiento podemos revisar que en este año 2018 se arrojó una cifra estadística que demostró que la mediación es un instrumento apreciado y optado por muchos ciudadanos en el Ecuador. Así, los datos estadísticos expuestos se dieron por el Consejo de la Judicatura (Centro de Mediación de la Función Judicial, 2018) que demuestra que en 2017, el 43,35% de los casos se ingresaron a los Centros de Mediación de la Función Judicial fueron en materia de familia, de los cuales el 89,9% llegaron a un acuerdo.

Tal argumento nos pone de relieve que evidentemente existe una aceptación de los ciudadanos por la mediación incluso en la forma en que es ofrecida actualmente, sin embargo estas cifras corresponden a casos en los que las personas ha accedido voluntariamente a este mecanismo, mas no existen cifras que demuestren lo mismo en la derivación de causas por parte de los juzgados.

Por lo mismo si bien el Instructivo para la Derivación de Causas (Registro Oficial Suplemento 855 de 05-oct.-2016) citado en varias ocasiones en esta investigación, ha servido para dar pautas al ejercicio de la mediación en nuestro país, genera dudas acerca del hecho de que el Centro de Mediación del Consejo de la Judicatura no haya arrojado estadísticas respecto a la derivación de causas propiamente por parte de los juzgados. Por lo mismo, y con más razón, en el Ecuador se debería introducir la medida de conciliación

extrajudicial, pues la misma no tiene esa característica vinculante de requisito de procedibilidad, sino que se encuentra estipulada como un mecanismo opcional que podría plantearse o derivarse dentro del procedimiento pero no anterior a este en materias como las de familia.

Así, considerando todos los argumentos expuestos en esta investigación sobre los discernimientos conceptuales y doctrinarios, las normas jurídicas instituidas dentro de la normativa ecuatoriana sobre mediación, las ventajas de la mediación en casos determinados como los estudiados en el derecho comparado, así como su utilidad como herramienta de apoyo a la administración de justicia y a soportar el deber del Estado de proteger a la familia como base social, en especial los intereses de los niños, es evidente la ineludible aplicación de la mediación como requisito previo, sin tener que llegar a las etapas procesales.

En tal sentido se propone que los Centros de Mediación, de primera mano, deban ser delegados y defendidos por las autoridades, para ejecutar la mediación anterior al proceso judicial y se busque de esta manera una solución inmediata a los conflictos en materia de familia, en particular de alimentos. Para lograr aquello, entonces vemos prudente implantar normas vinculantes, para que la mediación se convierta en un instrumento real de la administración de justicia.

Por lo mismo se propone que se mantenga el Instructivo para la derivación de Causas a los Centros de Mediación, publicado en el Registro Oficial Suplemento 855 de 05-oct.-2016 como un instrumento que permita derivar las causas transigibles en otras materias, y que se dé una socialización del mismo y capacitación oportuna a los jueces que son los encargados de derivar los asuntos a mediación, instruyéndoles y haciéndoles notar que la mediación no es un aspecto contrario al ejercicio de la jurisdicción, sino un apoyo para hacerla más eficiente.

Asimismo, dicho Instructivo podría seguir derivando las causas transigibles en otras materias, pero ya no sería de aplicación en materia de alimentos para lo cual se insta a una reforma:

a) al artículo 294 del Código de la Niñez y Adolescencia que en este sentido señale lo siguiente:

La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia.

Se instituye como obligatoria la mediación como requisito previo, antes de iniciar cualquier proceso judicial en las materias de fijación y cobro de pensiones alimenticias y de supervivencia.

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

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

b) a continuación del numeral 13 del artículo 142 del Código General de Procesos se agregue el numeral 14 que en este sentido señale lo siguiente:

14. En los asuntos que versen sobre pensiones alimenticias y de supervivencia, deberá adjuntarse el Acta de Mediación que demuestre no haber llegado a un acuerdo conciliatorio total o parcial, emitida por un centro autorizado por el Consejo de a Judicatura.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando una de las partes no hayan concurrido a la audiencia para el efecto. En este último caso se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de mediación.

De lo contrario tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 294 del Código de la Niñez y Adolescencia.

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

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

Vemos entonces que esta propuesta sobre la inserción de la mediación como requisito procesal es viable, y no sería necesario otro cambio legislativo que el mencionado, y si bien toda variación legislativa corresponde a un trámite a seguir, se debe ponderar los beneficios a obtener, no solo en lo que respecta a la carga procesal, sino al dar la posibilidad a la sociedad y su elemento principal que es la familia, para que pueda acceder a este flexible mecanismo,

III. CONCLUSIONES

- (i) La mediación es una herramienta válida para descargar la congestión de los tribunales, así como disminuir el costo y la demora en la resolución de conflictos; desarrollar la intervención de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos; y hacer efectivo aún más el acceso a la justicia.
- (ii) El proceso de mediación es flexible, es decir no solicita requerimientos, etapas ni plazos formales propiamente como puede suceder en los procesos jurisdiccionales, sino que se trata de la resolución de un conflicto que es netamente resuelto por la partes de acuerdo a sus intereses, donde no hay un ganador y un perdedor, sino una relación de equilibrio asistido por un mediador que no tiene un carácter de imposición como un juez, sino de brindar asesoría, confianza y autonomía.
- (iii) La intervención del Estado respecto a la protección de la familia en toda clase de conflictos, es un derecho que debe ser altamente protegido, para lo cual se deben buscar alternativas como la mediación frente a controversias derivadas en este ámbito, que contribuyan al buen desarrollo de la familia como núcleo fundamental de la comunidad, en particular de sus miembros más vulnerables como son los niños y adolescentes.
- (iv) En el Ecuador existen herramientas considerablemente aptas para introducir a la mediación prejudicial obligatoria, tras ser titular de una Constitución que garantiza expresamente los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, y una Ley de Arbitraje y Mediación, que permite agilizar y descongestionar el sistema judicial, una característica que ninguno de los países del derecho comparado analizados en esta investigación ha presentado ya sea por la antigüedad de sus Constituciones o porque no se ha visto la importancia de ello en el momento, y que sin embargo, aún frente a ese obstáculo, no han reparado en introducir este requerimiento previo como un instrumento que permita asegurar las propias garantías procesales y jurisdiccionales en su país.
- (v) Si bien el Instructivo para la Derivación de Causas ha sido un buen avance como aporte para la mediación en el Ecuador, la misma ha sido insertada tan solo como una opción dentro del proceso judicial, por lo que es necesario reforzar la

normativa al respecto debido a la importancia que tiene la mediación en la solución de controversias de familia.

- (vi) En el Ecuador existe cada vez una tendencia cada vez mayor a la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos, sobre todo la mediación, que cada año se utiliza en forma más frecuente según señalan las estadísticas, lo cual ha permitido cuantiosos ahorros para el sistema judicial del Estado ecuatoriano, pero además también ha traído grandes beneficios para las personas, quienes resuelven de una manera más directa, breve y económica las diversas controversias, esto considerando el hecho de que actualmente la mediación es un procedimiento voluntario. Esto abre la puerta para que se pueda implementar la mediación como un requisito de procedibilidad, completando el ciclo hacia una optimización de estos medios, sobre todo en materia de alimentos, en donde existen grandes beneficios.
- (vii) La inserción de la mediación extrajudicial permitiría disminuir la carga procesal en materias civiles, en particular las controversias del ámbito familiar, como un alternativa factible que puede ayudar a disminuir la carga procesal e impulsaría la cultura de paz entre los ciudadanos y dejaría atrás los conflictos incensarios que en muchas ocasiones generan violencia, también permitiría una evolución importante dentro de la sociedad y aportara al progreso de la misma.
- (viii) La introducción en la normativa de la mediación extrajudicial puede no ser en sí misma un proceso complejo, pero sí lo puede llegar a ser su aplicación debido a la corriente tan apegada al proceso jurisdiccional por parte de los mismos profesionales del derecho y muchas veces de la comunidad. No obstante, se debe atender a los cambios de un nuevo sistema evolutivo que permita una resolución de conflictos inclinada a la eficacia, la celeridad, y la paz.
- (ix) Con la inclusión de la mediación extrajudicial como requisito de procedibilidad no se atentaría contra el principio de voluntariedad de la misma, pues en la propuesta de reforma planteada en esta investigación, con la ausencia a la audiencia de mediación, se entendería que las partes no desean someter su asunto a mediación, habiendo entonces cumpliendo el trámite con la sola solicitud de conciliación, y podrían ya someter su controversia en el ámbito jurisdiccional.

- (x) La obligación de la mediación previa en los procesos judiciales, es una alternativa inaplazable de aplicación, pues el sistema jurisdiccional requiere la inserción de medios alternativos que asistan a la solución de conflictos y así descongestionar los procesos judiciales, y ser una vía pacífica que atienda sobre todo a los efectos que el conflicto puede generar en el vínculo familiar.

IV. RECOMENDACIONES

- (i) Dentro de la función judicial se debe capacitar y promover a los jueces y funcionarios de unidades judiciales y tribunales el uso y la importancia de la inserción de la mediación como un mecanismo tendiente a soportar la carga judicial y la obligación de protección de derechos por parte del Estado, y no como una materia opuesta a estos objetivos.
- (ii) El Estado y organismos públicos y privados autorizados como Centros de Mediación deberían promover la intervención y fortalecimiento de Centros de Mediación con mayor protagonismo en la mediación, particularmente en los conflictos familiares en los que intervengan los intereses de niños y adolescentes.
- (iii) Se recomienda a la Asamblea Nacional que impulse la mediación como requisito extrajudicial en temas de familia, especialmente de alimentos, no solamente con capacitaciones sino con políticas públicas como la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia y al Código General de Procesos en el tema respectivo.
- (iv) Se debe promover la publicidad acerca de los beneficios que tiene la mediación en el marco de la solución de conflictos, a fin de que los ciudadanos la consideren realmente como una opción válida, que la sientan como necesidad, y que los abogados la procuren, integrándola en la formación de las facultades de derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Abrevaya, S. (2008). *Mediación Prejudicial*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Ahumada, M. d. (2011). La conciliación, un medio de justicia restaurativa. . *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(114), 11-40.
- Bernal, A., & Correa, M. (2002). La conciliación prejudicial obligatoria en procesos de alimentos. *Vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en procesos de alimentos al exigirse la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad*. . Santander.
- Borja, M. (2003). *La Prueba en el derecho colombiano*. Bucaramanga: UNAB.
- CEJUDO ABOGADOS. (2014). Recuperado el 2017, de cejudoabogados.info
- Centro de Mediación de la Función Judicial. (2018). *Consejo de la Judicatura*. Recuperado el 2018, de www.funcionjudicial.gob.ec
- Chacha Pachar, J. (2016). *La Mediación Prejudicial Obligatoria como Mecanismo para disminuir la carga procesal en los juzgados de lo civil del DMQ*. Universidad Central del Ecuador, Carrera de Derecho, Quito.
- Cillero, M. (2000). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑ*.
Obtenido de http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- Conforti, O. (2014). Incidencia de la mediación de conflictos en la tutela judicial efectiva. *RUIDERA*.
- Diario El Ciudadano. (2 de septiembre de 2015). La mediación muestra resultados positivos en el Ecuador. *Diario El Ciudadano*.
- Diario El Telégrafo. (4 de Septiembre de 2017). Mediación logró 100.000 acuerdos en cuatro años. *Diario El Telégrafo*.
- Diario El Telégrafo. (03 de Septiembre de 2018). Con la mediación en los últimos cuatro años el Estado ahorró \$ 40'598.675. *Diario El Telégrafo*. Obtenido de

<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/mediacion-justicia-ahorro-estado-ecuador>

- Díaz, D., & García, F. (2014). La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y sus “verdaderos” efectos en la congestión judicial. *Revista de Derecho y Economía*.
- Gobierno de Santa Fe. (2013). Recuperado el 2017, de Santa Fe: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/71289/345896>
- Gorjón, F., & Sáenz, K. (2006). *Métodos alternativos de solución*. México D. F.: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Gorjón, F., & Sánchez, R. (2012). Los Métodos alternativos de solución de conflictos como instrumentos de paz. En M. Quiroga, & A. Sánchez, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar: Herramientas de paz y modernización de la justicia* (págs. 29-40). Madrid: Dykinson.
- Haynes, J. (2005). *Fundamentos de la Mediación Familiar: manual práctico para mediadores*. Madrid: Gaia.
- Hernández, X., Roger, C., & Alegre, S. (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Buenos Aires: OEA & UNICEF.
- Lamm, C. (2012). Ley Argentina de Mediación Prejudicial: Enseñanzas Después de 16 Años de Funcionamiento. *Diario Jurídico*.
- Lasheras, P. (2008). *Mediación familiar: Oralidad y principios del procedimiento*. Valencia: Editorial de la Universidad de Valencia.
- Lepin, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado No. 23*.
- López Argumendo, Á., & Fernández de la Mela, J. (2015). El Acuerdo de Mediación. *Uría Menéndez Estudio Jurídico*.
- Ludeña, V. (2014). *MEDIACIÓN COMO MÉTODO OBLIGATORIO PREVIO A LA JUDICIALIZACION*. Loja: Universidad Nacional de Loja.

- Marín, J. (2012). *Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje*. Jaén: Derecho privado y Constitución.
- Miranzo de Mateo, S. (2016). Análisis y Resolución de Conflictos. *Revista de Mediación*.
- Naciones Unidas. (s.f.). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)**. ONU, 2013.
- Nisimblat, N. (2012). Sobre la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad. *Ámbito del Lector*.
- Orrego, J. (2011). *Los Alimentos en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.
- Ortiz, R. (26 de noviembre de 2016). La mediación en América Latina. *La Gaceta*.
- Pacheco, G. (2004). *Mediaicón, Cultura de Paz. Medio ALternativo de Administración de Justicia*. México D. F.: Porrúa.
- Pazmiño, R. (2014). *La mediación como requisito previo para solucionar conflictos en materias transigibles en el sistema procesal ecuatoriano*. Universidad Nacional de Loja, Carrera de Derecho. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Pekar, A., Salzer, J., & Aurelien, C. (2010). *Método de mediación en el corazón de la conciliación*. México: Editorial Patria.
- Peña, A., Polo, C., & Solano, D. (2004). *Conciliación Extrajudicial, un análisis a su aplicación práctica desde un punto de vista jurídico*. Bogotá: Pontificia Unversidad Javeriana.
- Presidencia de la República de Colombia. (2016). *Presidencia de la República*. Recuperado el 2018, de presidencia.gov.co
- Programa Naciones Unidas para el Desarrollo Argentina. (2012). *Estudio de la mediación prejudicial obligatoria*. Buenos Aires: Fundación Libra.
- Programa para la cohesión social en América Latina. (2016). *Sistema de Justicia de Paz en Ecuador*. Recuperado el 2018, de mapa regional: <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=ec>

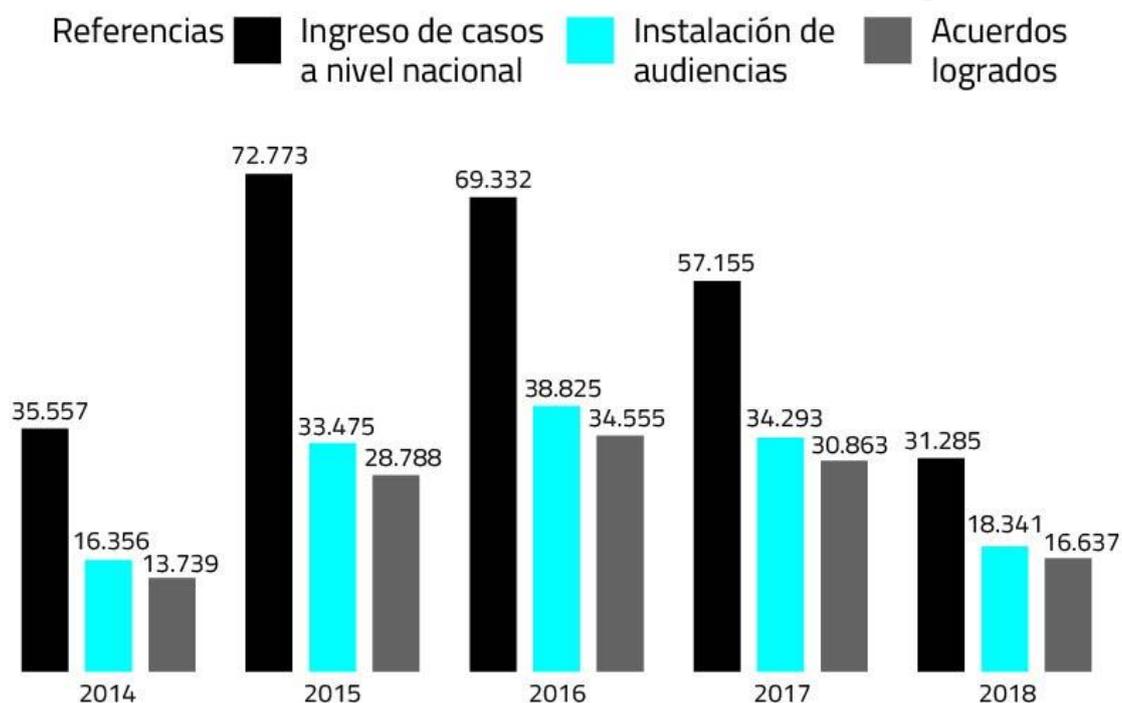
- Servicio Profesional de derechos humanos. (2011). *Mecanismos de resolución alternativa de conflictos*. México D.F.: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Suárez, M. (2003). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Paidós.
- Uribe, M. (2004). *Eficacia de la Conciliación Extrajudicial en Derecho*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- Urquidi, E. (2004). *Mediación. Solución de conflictos sin litigio*. Querétaro: Centro de Resolución de Conflicto.
- Vado, O. (2002). Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. *ABZ, Información y Análisis Jurídico*, 369-389.
- Vargas, M. (2008). La mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho Valdivida*(21).
- Vodanovic, A. (2004). *Derecho de Alimentos*. Santiago de Chile: LexisNexis.

ANEXOS

Causas Ingresadas por mediación entre los años 2014 al 2018, con tasa de abandono y de resolución de controversias.

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SE FACILITA EN 115 CANTONES DEL PAÍS

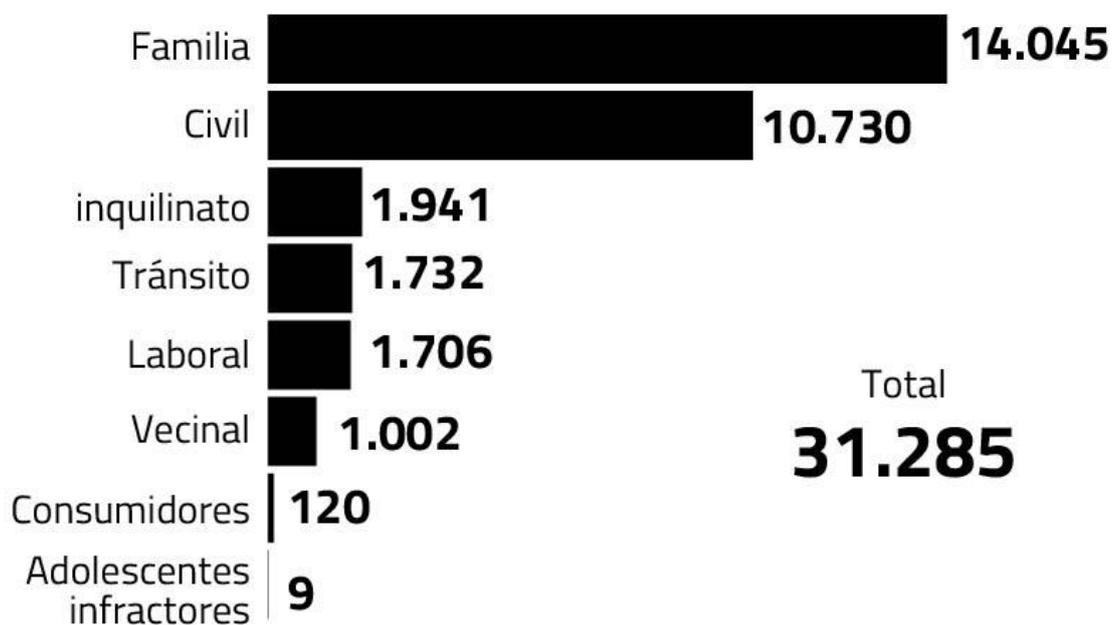
La ciudadanía resuelve conflictos con diálogo



Fuente: (Diario El Telégrafo, 2018)

Mediación por Materia, de enero a julio del año 2018

Causas por materia (de enero a julio de 2018)



el telégrafo

Fuente: (Diario El Telégrafo, 2018)