

LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN MATERIA DE ALIMENTOS, VISITAS Y TENENCIA, EN EL ECUADOR¹

MANDATORY PRE-COURT MEDIATION ABOUT CUSTODY, VISITATION AND CHILD SUPPORT, IN ECUADOR

Nicole Toro-Díaz²
nicole.torod@gmail.com

Resumen

La mediación en el Ecuador es un método alternativo de resolución de conflictos. Para el problema a plantear cabe resaltar su carácter facultativo. El artículo se enfoca en analizar la posibilidad de implementar en el Ecuador la mediación prejudicial obligatoria en materia de alimentos, visitas y tenencia, con el fin único y exclusivo de precautelar el derecho superior del niño. De esta forma, se realizó un análisis de derecho comparado con distintos países: Argentina, Colombia, Perú y Estados Unidos. Esta investigación ayudó a establecer de manera clara la conclusión de que la mediación en nuestra legislación funciona de manera eficiente, por lo tanto, no cabe la obligatoriedad de la misma. En consecuencia, la respuesta al problema planteado se enfoca en la difusión de la mediación como una alternativa adicional a la vía judicial.

Palabras claves

Mediación prejudicial obligatoria, eficiencia, niñez y adolescencia, derivación judicial.

Abstract

Mediation in Ecuador is an alternative disputes resolution used to resolve conflicts. For the problem stated, we must highlight its facultative character. The article focuses on analyzing the possibility of implementing mandatory pre-court mediation in Ecuador regarding custody, visitation and child support, with the only and exclusive objective of protecting the child's superior right. This way, an analysis of law was made compared to different countries: Argentina, Colombia, Peru and the United States of America. This research helped to establish in a clear way that mediation in our legislation works in an efficient manner, therefore there is no obligation of it. In consequence, the answer to the problem posed focuses on the dissemination of mediation as an additional alternative in a judicial path.

Keywords

Mandatory pre-court mediation, efficiency, child support, court-ordered.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Ximena Bustamante Vásquez.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Sumario:

INTRODUCCIÓN. - 1. LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ECUADOR. - 1.1. MEDIACIÓN Y ACCESO A LA JUSTICIA. - 1.2. PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD. - 2. DERECHO COMPARADO: LA OBLIGATORIEDAD PREJUDICIAL DE LA MEDIACIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES. - 2.1. LEGISLACIÓN DE ARGENTINA. - 2.2. LEGISLACIÓN DE COLOMBIA. - 2.3. LEGISLACIÓN DE PERÚ. - 2.4. LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS. - III. CONCLUSIÓN: ¿CABE LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN MATERIA DE VISITAS, ALIMENTOS Y TENENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA?

Introducción

En nuestro país, la mediación es considerada como un método alternativo de resolución de conflictos. De esta forma, mi problema a plantear se enfoca en la hipótesis de: la mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador, en materia de visitas, alimentos y tenencia. Conforme se desarrollará a continuación, se analizará la voluntariedad de la mediación y si este método es efectivo al momento de tener el carácter de obligatorio.

La mediación de oficio y su contradicción con respecto al principio de voluntariedad. Se enfocará en aspectos positivos que la mediación acarrea, tales como, acceso a la justicia, celeridad, y negativos. Cabe recalcar que los temas a tratar se centrarán en materia de visitas, tenencia y alimentos.

En la segunda sección se realizará un análisis de derecho comparado con otras legislaciones, como: Argentina, Colombia, Perú y Estados Unidos. Se va a resaltar la importancia que tiene la mediación y como es llevada a cabo en cada legislación. Finalmente, en la sección tercera se concluirá con la recopilación de todo lo mencionado a lo largo del presente artículo, adicionando se planteará la solución ante el problema descrito.

La mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador en materia de Niñez y Adolescencia no cabría pues se desnaturalizaría el concepto y funcionamiento que tiene la mediación. De esta forma, la solución ante el problema planteado no se enfoca en su carácter de obligatoriedad, se centra en la divulgación de la mediación por distintas vías de comunicación entre otros.

Sección 1: La mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador.

En la presente sección se realizará un análisis con respecto a un principio fundamental de la mediación, siendo este, la voluntariedad de las partes. Se contrastará como en nuestra legislación existe la derivación de determinada causa a un centro de mediación, conocida dicha acción como: “derivación de oficio”. De igual forma, se analizarán puntos positivos y negativos con respecto a la realización de una mediación prejudicial de carácter obligatorio aplicada en materia de visitas, alimentos y tenencia, dentro de nuestro país.

La mediación es un método de resolución de conflictos que facilita la búsqueda de la solución de una controversia de manera ágil y efectiva. Los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria como lo establece el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador³. De igual forma, la Corte Constitucional ha rectificado que los niños, niñas y adolescentes, son un grupo de atención prioritaria, como se manifiesta en la cita a continuación, motivo por el cual se debe dar prioridad a la resolución de problemas.

Bajo el amparo del principio de interés superior del niño, principio consagrado en varios instrumentos internacionales como en la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños gozan de una protección especial⁴.

En materia de niñez y adolescencia el eje principal es el efectivo cumplimiento de los derechos de este grupo prioritario. Por lo tanto, es necesario el uso de la mediación, pues, se estaría velando la aplicación de los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, en beneficio de la efectiva protección de este grupo prioritario. La mediación es un método ágil y efectivo que aporta resoluciones de manera expedita en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Así también, el proceso toma en cuenta las necesidades e intereses de las partes involucradas, y los asuntos emocionales tan olvidados dentro de un proceso judicial y que sin embargo afectan de manera importante en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Además, el acuerdo que se llegue en la mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada⁵, como lo establece el artículo 15 y 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, de modo que el resultado es igual al que podría dar un juez.

³ Artículo 35, Constitución de la República del Ecuador, R.O. Suplemento 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴ Sentencia No. 004-13-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de febrero de 2013, 9.

⁵ Ver, Artículo 15, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. Suplemento 417 de 14 de diciembre de 2006.

Adicionalmente, es trascendental dar a conocer que dicho método difiere del sistema judicial, desde su significado. La mediación es un procedimiento que ve al conflicto “como un encuentro entre dos o más formas de entender una misma realidad”⁶. El objetivo primordial de la mediación, según Farré Salvá, “no es establecer o buscar una verdad absoluta y objetiva, a la manera del sistema judicial, sino que se pretende que las distintas partes puedan conocer mejor cuales son esas divergencias”⁷, y de este modo, lograr encontrar una solución favorable, rápida y efectiva para los niños, niñas y adolescentes. A su vez, se logra acuerdos que no involucran tanto desgaste emocional en comparación a un proceso judicial.

Ante la hipótesis mencionada, cabe resaltar el principio del interés superior del niño, el cual busca el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Este principio se encuentra establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador. El mismo manifiesta que se entenderá que el principio del interés superior del niño, niña o adolescente prevalecerá sobre los demás⁸.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 11 desarrolla mas detalladamente el principio en mención, dando a conocer que este está orientado a dar fiel cumplimiento del conjunto de derechos que los niños, niñas y adolescentes tienen, de tal manera que las autoridades competentes se enfocaran en acatar con lo establecido, tomando en cuenta que nadie podrá invocarlo contra norma expresa.⁹ A su vez, dicho principio goza de reconocimiento internacional, es así que, en la Convención sobre los Derechos del niño, en su artículo 3.1, manifiesta:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.[...]¹⁰

De esta forma, es notoria la relevancia que abarca dicho principio, y como ha sido reconocido en años anteriores, así como lo manifiesta Gonzálo Aguilar:

⁶ Farré Salvá, S, “Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo”, ed. Ariel (Barcelona, 2004), 37.

⁷ *Id.*

⁸ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁹ Artículo 11, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, R.O. Suplemento 737 de 3 de enero de 2003.

¹⁰ Unicef, Comité Español, “Convención sobre los Derechos del Niño 2006”, ed. Rex Media (Madrid, 2006), 10.

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General (en adelante la AG) de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño. Más adelante, en 1959, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.¹¹

En el siguiente gráfico se muestra como la mediación tiene un gran acogimiento y, sobre todo, un gran número de acuerdos referentes a la materia de niñez y adolescencia. Por ello, se puede establecer que la mediación es deseable como un mecanismo de resolución de conflictos en dicha materia. Se puede observar que en la materia de “familia, niñez y adolescencia” como lo determina la tabla existen 628 acuerdos realizados (acuerdo total, razón positiva), mientras que en acuerdos no realizados hay 300 (constancia de imposibilidad, razón negativa, imposibilidad de acuerdo).

Notablemente los acuerdos concluidos equivalen a más del doble de los acuerdos no realizados, siendo esto una cantidad esencial para justificar la deseabilidad de la mediación en dicha materia. Cabe explicar que la razón positiva es cuando las partes llegaron a un acuerdo antes de las audiencias de mediación o por falta de documentación para el acta de acuerdo total. A su vez, la razón negativa es cuando se archivó el expediente por abandono¹².

MEDIACIÓN POR TIPO DE ACUERDO
DICIEMBRE 2015 - NOVIEMBRE 2016 (SD)

MATERIA	TIPO DE ACUERDO					TOTAL
	ACUERDO TOTAL	CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN	RAZÓN NEGATIVA	IMPOSIBILIDAD DE ACUERDOS	RAZÓN POSITIVA	
FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	600	170	55	75	28	928
LABORAL	288	258	117	43	67	773
INQUILINATO	219	154	28	40	43	484
CIVIL	50	94	56	17	15	232
TRÁNSITO	16	0	0	2	0	18
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1	0	0	0	0	1
TOTAL	1174	676	256	177	153	2436

¹¹ Gonzalo Aguilar Cavallo, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: Estudios Constitucionales”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, No. 1. (Santiago de Chile, 2008).

¹² Defensoría Pública del Ecuador, “Boletín estadístico de la Defensoría Pública”, 2016, 61-62.

Figura 1. Acuerdos en familia, niñez y adolescencia. (Defensoría Pública del Ecuador, “Boletín estadístico de la Defensoría Pública”, 2016, 41).

Es así que, se puede evidenciar que en esta materia, la mediación resultaría positiva para los intervinientes del conflicto, enfocándose principalmente en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes. El primer paso para la solución del conflicto es agotar la vía del método alternativo de resolución de conflictos antes que continuar con un proceso judicial. El Profesor Sander plantea su percepción con respecto a esto, fundamentando en que la mediación es necesaria como un “recurso temporal”¹³, con el fin exclusivo de que la gente conozca y experimente sobre los aspectos positivos que la mediación puede otorgar.

Haciendo hincapié en el principio ya mencionado, es necesario comprender que en materia de alimentos, visitas y tenencia se busca el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Si la mediación es deseable, como ya se ejemplificó, para temas de alimentos, visitas y tenencia, el hacerlo obligatoria podría asegurar un mayor beneficio para las partes. Las mismas, con la asistencia del mediador, obtendrían un acta de acuerdo total, logrando que el proceso haya sido más ágil y eficiente que iniciar un proceso judicial.

Por otro lado, como aspecto negativo del tema planteado, la obligatoriedad puede afectar también la economía procesal. Las partes que tengan un determinado conflicto, van a tener la obligatoriedad de iniciar el proceso de mediación, para de esta forma, poder iniciar un proceso judicial si el caso lo requiere. Lo cual conlleva un costo adicional al que fuese a gastarse en el proceso judicial, sea el mismo, en caso de mediación obligatoria extrajudicial o intrajudicial.

Con lo mencionado en apartados anteriores, referente a la mediación prejudicial obligatoria, no quiere fundar que la persona tenga la obligación de acceder a la justicia a través de la mediación, creando gastos innecesarios. El enfoque se centra en que la persona conozca de la opción adicional que tiene, a parte de un proceso judicial. Actualmente, en el Ecuador, existen aun personas que desconocen de dicho procedimiento, “[l]a población todavía desconoce que existe la posibilidad de resolver los conflictos sin pasar por un juicio”¹⁴

¹³ Ver, Frank Sander, E.A, “Another view of Mandatory Mediation. Dispute Resolution” Magazine, Vol 13. (2007).

¹⁴ “Mil 225 casos por mediación”, *La Hora*, 5 de septiembre de 2017, Noticias Cotopaxi.

La obligatoriedad puede afectar a la agilidad y efectividad del proceso. Este método de resolución de conflictos se caracteriza por su rapidez. Al momento de constituirlo como obligatorio, las partes al no estar interesadas en el mismo, se enfocarían en el tiempo adicional que conlleva asistir a dicho proceso en vez de ir directamente a la rama judicial. De igual forma, con sus aspectos negativos se desnaturalizaría el concepto práctico que tiene la mediación. “La Mediación necesita potenciación desde los propios seres conflictuados (usuarios) para que sea internalizada por las personas como alternativa real, eficiente y prestigiada de resolución”¹⁵.

Es importante conocer que la premisa inicial para abordar el tema ya mencionado, se enfoca en que la justicia intrínseca o material no solo se puede obtener en el poder judicial. Es posible llegar a soluciones con mecanismos de solución de conflictos, tales como, la mediación. El objetivo principal de este método es solucionar el problema existente entre las partes de manera ágil, imparcial y confidencial. El mediador debe garantizar el respeto de los puntos de vista de las partes en conflicto, preservando su igualdad en la negociación.

De igual forma, cabe mencionar que “[l]os MASC se enrumban hacia la consolidación de una democracia madura basada en el protagonismo de las partes, pues evitan desgaste emotivos innecesarios, promueven el mejor manejo de los conflictos de manera interdisciplinaria y generalmente permiten un ahorro económico sustancial”¹⁶.

El rector fundamental de la mediación es la participación libre y voluntaria de las partes en dicho procedimiento. Esta característica resalta en su significado, conforme lo define la Ley de Arbitraje y Mediación y sus Reformas, en su título II “De la mediación”, en el artículo 43, mismo que establece lo siguiente:

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 conflicto¹⁷

Destacando lo establecido en la definición anteriormente mencionada, al iniciar el proceso de mediación para la solución de un conflicto, “las partes acuden a dicho proceso de

¹⁵ Paulina Gómez, “La mediación una forma alternativa de resolución de conflictos, su naturaleza, esencia, características, estructura, ventajas y desventajas”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (Chile, 1999), 392.

¹⁶ Jaime Vintimilla, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, Revista MASC Ecuador No. 1 (2005), 10.

¹⁷ Artículo 45, Ley de Arbitraje y Mediación, 2006.

manera voluntaria, son las partes en conflicto quienes deciden si quieren o no involucrarse en un proceso de mediación”¹⁸. Dicha característica se la considera como un elemento esencial que atribuye de manera positiva al proceso de mediación.

Las partes al asistir voluntariamente a un proceso de mediación, tienen la ventaja de asimilar que el problema existe y que ambas son las que estarán participando para buscar una solución que las favorezca. Así mismo, la voluntariedad no se enfoca únicamente en la iniciación de la mediación, sino también en su desarrollo. Como lo establece el Centro de Arbitraje y Mediación UEES “las partes en conflicto son las que deciden la conducción de la mediación, aportando con la información que quieren que sea conocida o no, proponiendo soluciones parciales o totales; en definitiva, son ellas las que tienen la libertad de llegar a una solución por su propia voluntad y no por imposición de nadie.”¹⁹

Ahora bien, este elemento relevante para el presente método alternativo de resolución de conflictos, ¿se consideraría no aplicable en el momento en el que la mediación sea un proceso prejudicial obligatorio? Claramente la respuesta de la pregunta abarca varias concepciones. Como primer punto en debate, la voluntad de las partes no se enfoca únicamente en el inicio del proceso como tal, sino también en la continuidad del mismo. De igual forma, de que las partes lleguen o no a un acuerdo voluntario. Es así que, el principio de voluntariedad que existe en dicho proceso de mediación no se perdería por la obligatoriedad de la misma.

Como Macarena Vargas menciona “la voluntariedad tiene dos dimensiones. La primera comprende la etapa inicial del proceso –cuando la persona toma la decisión de acogerse a él– y la segunda comprende la facultad de retirarse de éste en cualquier momento sin necesidad de justificar los motivos. Basta la expresión de la voluntad de una de las partes en orden a no continuar para que el mediador deba poner término al proceso.”²⁰

1.1.- Mediación y Acceso a la Justicia.

Otro aspecto que incorpora el tema en debate, y cabe su mención con respecto a la mediación prejudicial obligatoria, es enfocado en el acceso a la justicia ordinaria. En el caso

¹⁸ Adriona Schiffrin, “La mediación: aspectos generales”, ed. Paidós, (Argentina, 1996), 7.

¹⁹ Centro de Arbitraje y Mediación UEES, “La mediación y su eficacia en la solución de conflictos”, <https://www.uees.edu.ec/camuees/noticias/mediacion-y-su-eficacia-en-la-solucion-de-conflictos.php> (acceso el 10 de marzo de 2020)

²⁰ Macarena Vargas Pavez, “MEDIACIÓN OBLIGATORIA: ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 21(2). (2008), 183-202.

supuesto de que en nuestro país se determine el carácter de obligatorio de la mediación prejudicial en determinados casos específicos, no impide el acceso a la justicia ordinaria. Es decir, no se priva a las partes de esa opción, pues la obligatoriedad se enfoca en la realización de la mediación, mas no en que esta instancia se encuentre una solución.

Sustentando lo mencionado, la Corte Constitucional Colombiana dispone que:

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.²¹

De esto modo, se puede definir a la mediación como un mecanismo al acceso a la justicia. Debido a que, el objetivo se logra, no únicamente con un proceso judicial, sino también, con la adaptación de procedimientos alternativos, como es la mediación. Como lo establece el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial:

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades²².

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, actualmente, la calificación de la mediación es como un sistema alternativo y facultativo. Este fundamento resulta limitando para el objetivo principal que este procedimiento tiene, es decir, la solución de conflictos entre las partes de manera mas rápida, en comparación a un proceso judicial y las instancias que el mismo puede tener.

Por tal, destacando su importancia y ejemplificando el por qué la mediación ayuda a que las personas tengan mas opciones para poder acceder a la justicia, en Argentina, la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia determina que:

Las políticas judiciales tendientes a garantizar el acceso a justicia de las poblaciones más vulnerables se centran en ofrecer a la ciudadanía una variedad de métodos de resolución alternativa de conflictos con el objeto de que los propios afectados puedan encontrar vías de

²¹ Sentencia C-1195/01, Corte Constitucional de Colombia, 15 de noviembre de 2001, párr.3.

²² Artículo 17, Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

solución de disputas sin necesidad de que ello implique la apertura de un proceso judicial, que por lo general es largo y costoso.”²³

Adicionalmente, corroborando una vez mas lo planteado, y acogiéndome a lo mencionado por este órgano, la Corte Constitucional Colombiana establece que:

Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales²⁴.

Así mismo, una vez cumplida con esta etapa, y si durante la audiencia de mediación no se llegó a ningún acuerdo, es decir, imposibilidad de acuerdo, las partes, pertinentemente, seguirán un proceso judicial, si es lo que corresponde. Adicionalmente, otro país en donde la mediación resulta un instrumento para acceder a la justicia es en Italia, como lo mencionan algunos autores, “El supuesto de Italia ofrece un interesante ejemplo de aplicación extensiva de la mediación prejudicial obligatoria como medio para facilitar el acceso a la Justicia civil, con indudable éxito en la promoción de la mediación.”²⁵

Adicionalmente, cabe mencionar la opinión de la Corte Constitucional de Colombia, mismo que establece lo siguiente:

Otra cosa muy diferente es que la ley obligue a que las partes intenten conciliar su conflicto antes de poder acudir a la justicia. Esta exigencia no desnaturaliza la conciliación, que conserva su carácter consensual, pues las personas pueden negarse a llegar a un acuerdo si éste no les parece satisfactorio. Y una regulación de ese tipo tampoco obstaculiza el acceso a la justicia pues, fracasado el intento de conciliación, las partes tienen derecho a acudir al aparato judicial para resolver su litigio.²⁶

1.2.- Principio de Voluntariedad

Ahora bien, en referencia al alcance de la voluntariedad en el Ecuador. Es relevante conocer que el principio de voluntariedad se enfoca en que “las partes tienen la libertad de

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación República de Argentina, Comisión Nacional de Acceso a la Justicia, “*Acceso a la Justicia, Que Es?*”.

²⁴ Sentencia C-1195/01, Corte Constitucional de Colombia, 15 de noviembre de 2001, párr.100.

²⁵ Carlos Hernández, “Hacia un nuevo paradigma en el Acceso a la Justicia: La mediación prejudicial obligatoria”, Ed. Acuerdo Justo, (España. 2015), 27.

²⁶ Sentencia C-1195/01, Corte Constitucional de Colombia, 15 de noviembre de 2001, párr.7, “aclaración del voto”.

decidir si inician un procedimiento de mediación, a través de una solicitud; si acuden a dicho procedimiento, una vez convocados; y, si permanecen en él”²⁷. Por ello, este principio se aplica en todo momento, es decir:

Toda persona que acude a mediación debe hacerlo desde la voluntariedad y debe ser consciente que puede solicitar abandonar la Mediación en cualquier momento del proceso, sin consecuencias de ningún tipo”²⁸.

Existen opiniones de autores referentes a la mediación prejudicial obligatoria. El Profesor Frank Sander²⁹, ha formulado dos teorías con respecto a ello. La primera teoría, “referencia categórica”, establece que ciertas controversias deben someterse como primer paso, a la mediación, antes de poder acceder a un proceso judicial. La segunda teoría, “referencia discrecional”, se basa en que los jueces, una vez que conocen la controversia y si lo consideran apropiado, deben referir el conflicto a mediación de modo obligatorio.

En nuestra legislación ecuatoriana si bien la mediación tiene carácter voluntario, existe una forma de obligatoriedad de la misma referente a la figura de la derivación de la mediación de oficio. Ante ello, cabe la pregunta de: ¿la mediación de oficio es contraria a la voluntariedad de las partes? Con respecto a ello, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 294, estipula que:

Art. 294.- Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas:

[...]

1. 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.

[...]³⁰

²⁷ Ximena Bustamante, “La naturaleza jurídica el Acta de Mediación” (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 12.

²⁸ Asociación para la Gestión Profesional de Soluciones, “Procedimiento de Mediación y Principios Básicos”, párr..8.

²⁹ Sander, Frank E.A, “Another view of Mandatory Mediation. Dispute Resolution”, Magazine Vol 13. (2007), 16.

³⁰ Artículo 294, Código Orgánico General de Procesos, R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015. (énfasis añadido)

Es claro que nuestra legislación permite que la o el juzgador disponga la controversia a un centro de mediación. Por lo tanto, basta con la decisión de que la derivación es lo necesario para la causa, llámese, “de oficio”. Sin embargo, en la legislación ecuatoriana la mediación es reconocida como un método alternativo de resolución de conflictos, misma que se basa en la voluntariedad de las partes para acceder a dicho proceso. Por ello, se puede establecer que la mediación de oficio es contradictorio al principio rector ya mencionado.

La contradicción mencionada no resulta ser un aspecto negativo. El juez cuida de los intereses de las partes en toda instancia procesal, es quien más conoce de la causa en ese momento, por ello, toma la decisión de derivar de oficio el proceso. Se puede interpretar que el juez concluye que es pertinente la solución del conflicto a través de la mediación. Decisión que puede ser basada en las características que este proceso tiene, es decir, la agilidad, flexibilidad, eficacia, confidencialidad, y más; siendo esto lo más favorable para el caso.

Sin embargo, no hay claridad con respecto al punto en mención. En la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 46 literal c, se establece que la mediación procederá cuando el juez disponga, de oficio o a petición de parte, la derivación de la causa a un centro de mediación, siempre y cuando las partes lo acepten; lo cual contradice con lo establecido en el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos, ya mencionado. Por ende, cabe destacar que, en fundamento a la pirámide de Kelsen, según el criterio de temporalidad, el Código Orgánico General de Procesos es la ley que prima pues es una ley orgánica y posterior a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Como se mencionó en apartados anteriores, en base a las teorías propuestas por Frank Sander, se interpreta que en el Ecuador es aplicable su segunda teoría, “referencia discrecional”. Los jueces pueden de oficio, derivar la causa a un centro de mediación. Dicha decisión puede entenderse como la causa de una pérdida parcial con respecto al principio de voluntariedad de las partes. Sin embargo, las partes tienen autonomía de la voluntad para decidir si seguir o no con el proceso de mediación. Con lo mencionado, queda claro el alcance de la voluntariedad en el Ecuador. que no se desnaturaliza dicho principio.

De igual manera, cabe mencionar que en el Ecuador la figura de la derivación judicial no es nueva en el presente tema. Se cuenta con disposiciones del Consejo Nacional de la Judicatura, tales como: Resolución 145-2016, el Programa Nacional de Mediación, Justicia y Cultura de Paz; desarrollado en el mes de julio del 2013, Resolución 145-2016 la cual

contiene el Instructivo de Derivación de causas Judiciales a Centros de Mediación (2007), Instructivo de Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y ejecución de Actas de Mediación (2016). Cabe aclarar que, actualmente, rige el Instructivo de Derivación de Causas Judiciales a Centros de Mediación y ejecución de Actas de Mediación³¹.

Para su sustento, se puede demostrar la figura de “derivación de oficio” en casos actuales. Por ejemplo, en el tema a tratar en el presente artículo, en materia de alimentos, tenencia o visitas. Se cumple con la derivación en legal y debida forma, como el Instructivo para la derivación de causas Judiciales a centros de Mediación, en su artículo 3 lo dispone:

Derivación.- Es el acto procesal a través del cual, el juez remite una causa que verse sobre materia transigible, para que sea tramitada en los centros de mediación a nivel nacional registrados en el Consejo de la Judicatura.

Una vez cumplido con los requisitos para que la causa pueda ser derivada a mediación, el juez o jueza procede a manifestar dicha decisión. Por ejemplo, en la causa No. 17985-2019-00880³², el juez dispone la derivación a mediación, siendo un caso de alimentos. La Autoridad dispone lo siguiente:

Por cuanto la materia de la Litis es susceptible de transigir, de conformidad con lo previsto en los Arts. 190 de la Constitución de la República del Ecuador; 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial; 294 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP); 294 y 295 del Código de la Niñez y Adolescencia; 46 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación; y, 4 de la Resolución No. 145-2016 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, que contiene el Instructivo para la Derivación de Causas a Centros de Mediación, de oficio DISPONGO: Derivar la presente causa al Centro de Mediación adscrita a esta Unidad Judicial³³

Por ende, se puede evidenciar que actualmente, en distintas unidades judiciales, las autoridades competentes en determinados casos, tienen la potestad de derivar una causa a mediación. Sin embargo, el problema jurídico planteado se enfoca en si cabe la mediación

³¹ Instructivo para la derivación de causas judiciales a centros de mediación y ejecución de actas de mediación, Resolución del Consejo de la Judicatura 145, [Describir el procedimiento para la derivación judicial de causas], R.O. Suplemento 855 de 5 de octubre de 2016.

³² Proceso No. 17985-2019-00880. Consejo de la Judicatura. Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia con Sede en la Parroquia de Tumbaco del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, 13 de febrero de 2020.

³³ *Id.*

prejudicial obligatoria en casos de alimentos, tenencia y visitas, debido a la agilidad y efectividad que el proceso de mediación ha tenido desde su aplicación en nuestro país.

Por otro lado, un factor fundamental que falta en nuestro país, referente al tema en debate, es la falta de conocimiento sobre este método alternativo de resolución de conflictos. Las personas al conocer de la mediación tienen más opciones para poder decidir como solucionar un determinado conflicto. Esto incluye conocer cual vía es la más adecuada y beneficiosa para la persona. Entonces, ¿la mediación en el Ecuador tendrá efectos positivos al implementarse su obligatoriedad, o simplemente se debe difundir de manera mas constante que existen métodos alternativos de resolución de conflictos?.

Sección 2: Derecho comparado: La mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones

En la presente sección se realizará un análisis de derecho comparado con diferentes países. Algunos países tienen legislaciones similares a las del Ecuador, y otros, contrapuestas al mismo. Como primer punto, se partirá con el análisis respectivo de países de América Latina, siendo su legislación *Civil Law*, tales como: Argentina, Colombia, y Perú. En estos países existe y se aplica la obligatoriedad de la mediación. Finalmente, se concluirá con el análisis de un país que tiene una legislación *Common Law*. En dicho país la mediación prejudicial no es obligatoria, característica que no causado dificultades, siendo este, Estados Unidos.

2.1.- Legislación de Argentina

En Argentina se realizó un plan piloto en los años 1993 a 1995 creada, para la experiencia de la mediación con juzgados civiles. Tenía el objetivo de aumentar el efectivo acceso a la justicia por canales no formales. En 1995, con resultado del plan en mención, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley de Mediación y Conciliación No. 24.573, publicada en el Boletín Oficial del 27 de octubre de 1995. En el mismo, se estableció a la mediación con carácter obligatorio y previo al inicio de un proceso judicial³⁴.

³⁴ Ver. Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, “Mediación en la Argentina, una herramienta para el acceso a la Justicia”, ed.Saij. (Argentina, 2012), 13.

Tómese en cuenta que se instauró la mediación prejudicial obligatoria en materia de tenencia y alimentos, lo cual ejemplifica el problema planteado en el presente artículo. Este hecho demuestra la importancia y eficiencia que existe sobre la posible mediación prejudicial obligatoria en materia de alimentos y tenencia, recalcando nuevamente el beneficio total hacia el niño, niña y adolescente. Por ejemplo, en Argentina, en el año 1995 la intervención judicial para resolver cuestiones familiares por cuota alimentaria, fue necesaria en 1.695 casos; casi 10 años después, se redujo a 1.193, lo que implicó una disminución de un 30%.³⁵. Este hecho se enfoca en ejemplificar como la mediación prejudicial obligatoria logró una disminución de casos tratados por la vía judicial, en materia de alimentos. Entonces, “[p]uede decirse que la gente ha aceptado de buen agrado la mediación”³⁶.

Posteriormente, para el mejoramiento de la calidad de los servicios de la mediación, de la Ley ya publicada, se mantiene actualmente la Ley de Mediación y Conciliación No.26.589, publicada bajo el Decreto 1467/2011, en el Boletín Oficial del 6 de mayo de 2010. En la presente ley se establece claramente “de manera definitiva la mediación como procedimiento de resolución de conflictos obligatorio previo a la instancia judicial, dentro de los límites que aquélla enuncia”³⁷. En la ley en mención, se estableció legislativamente la mediación familiar.

Previo a que la mediación sea un proceso prejudicial obligatorio, en el año 2004, “los Centros de Mediación recibieron 11.774 consultas; de ellas 8.942 casos fueron asesorados por abogados dependientes de aquellos; en 2.832 casos se realizaron mediaciones en las cuales el 31% eran cuestiones de familia”, tales como tenencia, alimentos y visitas. Con el porcentaje mencionado, se puede resaltar que la mediación era aplicada de manera eficiente en temas de familia, como los debatidos en el presente artículo; pese a que en ese año la mediación no tenía el carácter de obligatoria.

Se puede notar que la mediación familiar era acogida en Argentina, antes de que la mediación prejudicial sea obligatoria. Este punto, lleva a analizar con respecto a si es efectivamente necesaria la obligatoriedad de la mediación para que, en casos de alimentos, tenencias y visitas, sea beneficioso. La mediación al efectuarse como tal, en su naturaleza, es

³⁵ *Id.*, 29.

³⁶ *Id.*, 30.

³⁷ Ley de Mediación y Conciliación No. 26.589. Boletín Oficial de 6 de mayo de 2010. (énfasis añadido)

decir, al ser un proceso voluntario, facultativo, puede traer resultados positivos sin que se establezca una mediación prejudicial obligatoria.

Previo a que tenga carácter obligatorio la mediación prejudicial, se realizó un plan piloto para verificar si iba a tener resultados positivos con respecto al efectivo acceso a la justicia. Sin embargo, en ese entonces se tuvo que crear el Centro de Mediación del Ministerio de Justicia de la Nación para que se efectúe correctamente la práctica de este procedimiento, conforme se establece en la Resolución M.J. N° 535³⁸ publicada en el Boletín Nacional de 18 de mayo de 1994. El boletín mencionado es el que aprobó el reglamento para los mediadores habilitados y el funcionamiento del centro de mediación.

Ahora bien, la cuestión es saber si es aplicable o no la mediación prejudicial obligatoria en nuestro país. Adicionalmente, es relevante conocer que durante el plan piloto se obtuvo resultados mayores con respecto a las mediaciones en las que las partes asistían por su propia voluntad, que en mediaciones derivadas por el juez. Es decir, el índice de acuerdos fue menor en los casos que enviaban los tribunales, es decir, la mediación de oficio, que en aquéllos en que las partes recurrían por elección propia³⁹. Este punto da a conocer que existieron acuerdos realizados de manera voluntaria.

Debido al ejemplo mencionado, cabe hacer énfasis en que la mediación como tal se define por que las partes voluntariamente decidan asistir a un proceso de mediación, es decir, es un proceso voluntario. De esta forma, el proceso si trae buenos resultados, contrario a que el juez proponga o derive la causa a un determinado centro de mediación. Sin embargo, esto no quiere decir que las partes tienen que solucionar o asistir de manera obligatoria a la audiencia de mediación. Es importante aclarar que la derivación del juez sucede por el conocimiento que el mismo tiene sobre la causa, mas no obliga a las partes a que solucionen el conflicto de tal forma. Siendo este punto, también practicado en el Ecuador, la derivación de la causa a un determinado centro de mediación, derivación de oficio.

En la legislación actual de Argentina, se estipula que la mediación es obligatoria previa a cualquier proceso judicial, exceptuando materias que la Ley No. 26.589 establece. Por lo mencionado anteriormente, el aspecto relevante que ejemplifica este país es los buenos resultados que ha obtenido esta decisión. Destacando, específicamente en temas de familia,

³⁸ Resolución M.J. N° 535/1994, B.O de 18 de mayo de 1994.

³⁹ Ver. Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, “Mediación en la Argentina, una herramienta para el acceso a la Justicia”, ed. Saij. (Argentina, (2012), 20.

tales como tenencia, visitas y alimentos, pues su enfoque u objetivos es que las partes, antes de embarcarse en una controversia judicial que involucre a los hijos menores, intenten un avenimiento consensuado que preserve la paz familiar.⁴⁰

Adicionalmente, el fundamento primordial que tienen los argentinos en materia de Niñez y Adolescencia es la importancia para las partes de salir del papel de demandante y/o demandado para pasar a ser partes y protagonistas de una solución que permita plantear con mayor facilidad las diferentes cuestiones y lograr así acuerdos con los propios recursos que tenga cada familia⁴¹. Siendo este un fundamento que si debería aplicarse en el Ecuador. Puesto que, es relevante que las familias conozcan que el único objetivo principal para solucionar las controversias en cuanto a visitas, tenencia y alimentos, es el bienestar familiar. Esto, se enfoca con respecto a los niños, niñas y adolescentes.

Para un mejor entendimiento, se establece que “[a] partir del segundo año de ejecución del programa de mediación prejudicial el porcentaje de los casos mediados que reingresan al sistema judicial decrece de manera sostenida: del 42% en el año 1998 al 29% en el año 2009. Esto muestra una tendencia en la ganancia de eficacia del proceso de mediación”⁴². Motivo por el cual, se evidencia que en Argentina ha sido adaptable y eficiente el proceso de la mediación prejudicial obligatoria. Adicional a su eficiencia, se puede destacar que este implemento ha servido de ayuda para la descongestión en el sistema judicial.

Para ejemplificar numéricamente la situación mencionada, a continuación se presenta un gráfico en el cual se refleja “la cantidad de demandas iniciadas en los años consignados, para conflictos que requieren mediación previa obligatoria”⁴³. Tómese en cuenta que, en el Foro Nacional Civil, incluye temas: familiares (alimentos, tenencia y visitas), daños y perjuicios, ejecutivos y otros. De igual forma, “[s]e establece que a partir de 1997 y como resultado de la mediación prejudicial obligatoria se registra una disminución del 28.6% en los ingresos por demandas de litigios mediables”⁴⁴

⁴⁰ *Id.*, 51.

⁴¹ *Id.*

⁴² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Argentina, “Estudio de la Mediación Prejudicial Obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflictos en Argentina”, ed. Fundación Libra. (Buenos Aires, 2012), 39.

⁴³ *Id.*, 31

⁴⁴ *Id.*, 30.

GRÁFICO 4
DEMANDAS PRESENTADAS EN TIPOS DE CONFLICTOS MEDIABLES
EN FORMA OBLIGATORIA SEGÚN LA LEY 24.573

Fuente: Poder Judicial de la Nación; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

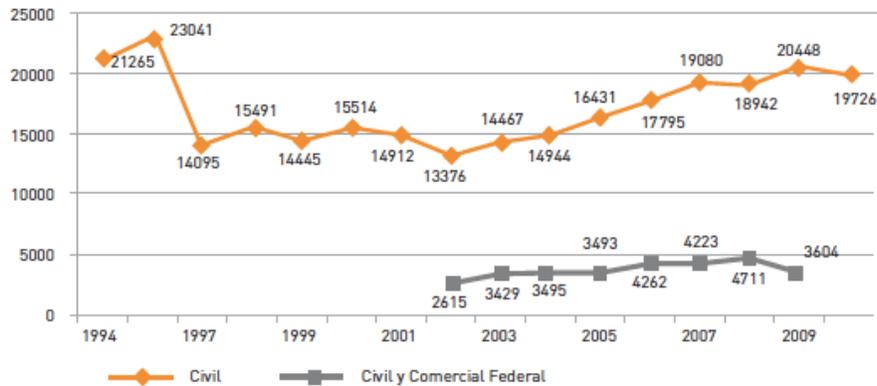


Figura 2. Demandas presentadas en tipos de conflictos mediables en forma obligatoria. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Argentina, “Estudio de la Mediación Prejudicial Obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflictos en Argentina”, ed. Fundación Libra. (Buenos Aires, 2012), 31).

Sin embargo, pese a lo establecido y demostrado numéricamente, existe un resultado contrario referente a la mediación por sorteo. Conforme el gráfico a continuación, se ilustra como existe un crecimiento en las mediaciones privadas desde el año 1998⁴⁵. Es decir, existe “[u]na interpretación mucho más plausible señala un incremento significativo de la mediación privada que la convierte en la preferencia dominante en detrimento de la oficial (asignación por sorteo)”⁴⁶. Es importante conocer que, en Argentina, la clasificación de mediaciones privadas y públicas se refieren a la forma de designación de los mediadores. En las mediaciones privadas las partes escogen libremente al mediador, mientras que en las públicas son interpuestas por la autoridad. Una vez aclarado ello, cabe mencionar que, de esta forma, se puede llegar a la conclusión de que las personas optan por elegir libremente a su mediador, que ser impuesto por sorteo, obteniendo mejores resultados en las mediaciones privadas.

⁴⁵ *Id.*, 32.

⁴⁶ *Id.*

GRÁFICO 7

MEDIACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS REALIZADAS EN LAS INSTALACIONES DE MEDYAR ENTRE 1996 Y 2009

Fuente: MEDyAR. Centro de Mediación y Arbitraje.

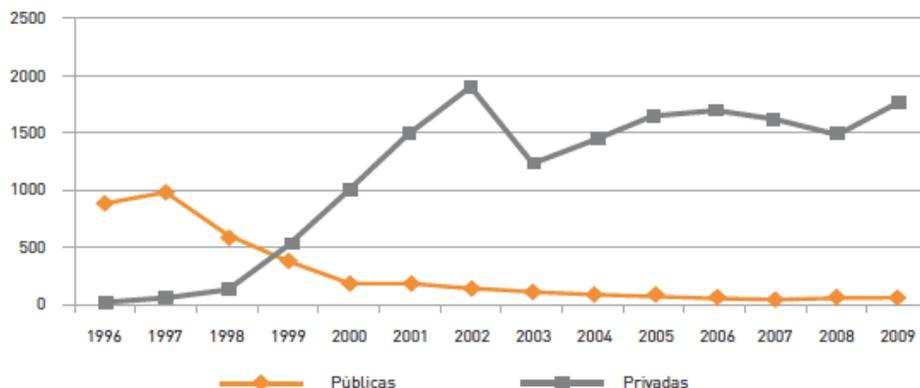


Figura 3. Mediaciones públicas y privadas. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Argentina, “Estudio de la Mediación Prejudicial Obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflictos en Argentina”, ed. Fundación Libra. (Buenos Aires, 2012), 33).

Por lo tanto, conforme se ha demostrado, en Argentina la mediación prejudicial obligatoria tiene un eficiente funcionamiento. A este resultado eficiente cabe añadir la difusión temprana que existió sobre este método de resolución de conflictos. En el cuadro anterior se verifica como ascienden casos anualmente en centros de mediación privados, lo cual acarrea una característica adicional, el costo. Dicha particularidad, como ya fue mencionado a lo largo del presente artículo, puede resultar un aspecto negativo para la efectividad de la mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador.

En el supuesto caso de que se determine la obligatoriedad de la mediación prejudicial, quiere decir que las partes interesadas tendrán que asistir a la mediación antes de iniciar un proceso judicial. Este paso involucra un gasto adicional a las costas procesales en el momento que inicien un juicio. Tomando en cuenta que ello aplica en caso de que su conflicto no haya podido ser resuelto, o, a su vez, no había interés en ello. Este aspecto al ser aplicado en materia de alimentos, es delicado, pues las costas parten de ese hecho. Por ejemplo, en Argentina, en el Decreto 1465/2007, se establece que el honorario del mediador depende, “algunos cobran dos meses de cuota alimentaria; otros multiplican la cuota por 12 y aplican la escala anterior; otros multiplican la cuota por 24 y aplican escala”⁴⁷. El objetivo de la

⁴⁷ *Id.*, 39.

mediación en materia de Niñez y Adolescencia es facilitar el acuerdo por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, y estos costos pueden interferir con ello.

Entonces, se puede realizar un análisis comparativo, mencionado que, en el Ecuador, antes de crear el carácter de obligatorio a la mediación, se podría plantear un plan piloto a fin de que se resuelva si será positivo o negativo la idea propuesta, pero, ¿sería efectiva esta idea?

Se debe considerar que, en Argentina, el plan piloto tuvo su perfecto funcionamiento debido a que no existían centros de mediación, lo cual fue incluido con su debido tiempo. Por otro lado, actualmente el Ecuador dispone de 100 centros de mediación⁴⁸ en completo funcionamiento, siendo tales privados como públicos. De esta forma, se puede destacar que las condiciones son diferentes en cada país, Ecuador y Argentina. Por el motivo mencionado, en definitiva, considero que no cabría la idea de implementar un plan piloto similar al que practicaron en Argentina en 1994, pues en el Ecuador, actualmente, ya existen centros de mediación en funcionamiento con mediadores calificados.

2.2.- Legislación de Colombia

En 1991 se expidió la Ley 23 de 1991 en la cual se desarrolla la conciliación como mecanismos de resolución de conflictos. Su finalidad es descongestionar los despachos judiciales, tomando en cuenta que en dicho país ya fue establecida como un requisito de procedibilidad.

En la legislación colombiana, la mediación es reconocida como conciliación, teniendo el mismo efecto y significado, es decir, es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. No obstante, en este régimen la conciliación se la considera como obligatoria de manera prejudicial, es decir, se debe practicar la conciliación antes de iniciar un proceso judicial. La diferencia de este país con el Ecuador, indistintamente de la mediación prejudicial obligatoria, radica en que la conciliación está reglamentada en una serie de normas. Este factor crea dificultad al momento de aplicarla, sin embargo, esto no demerita el valor efectivo que tiene la conciliación en Colombia.

Algunas de las normas que incorporan la conciliación son la Ley 640 de 2001, la Ley 446 de 1998, la Ley 23 de 1991, Ley 1395 de 2010. Adicionalmente también se encuentra,

⁴⁸ Consejo de la Judicatura, “Centros de Mediación aprobados por el pleno Corte al 4 de marzo de 2020”.

dicha materia, en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Civil. Por ejemplo, en el artículo 90 numeral 7, se establece que la demanda será inadmisibile cuando “no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”⁴⁹. Cabe mencionar que la conciliación es aplicable en materia laboral, de familia, civil, comercial, agraria y policiva, añadiendo énfasis en la conciliación en materia de familia, siendo este el tema de mayor interés.

En el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 se establece el artículo 35 reformado por la presente, de la Ley 640 de 2001, el cual establece el requisito de procedibilidad. El cual da conocer que “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”⁵⁰. Por lo tanto, en referencia a lo estipulado, es un requisito que las partes en debate hayan asistido a la conciliación extrajudicial antes de iniciar cualquier proceso judicial. Este punto demuestra que su obligatoriedad no desnaturaliza la conciliación y si puede ser aplicada, como podría serlo en el Ecuador. Pero, la cuestión se refleja en si ¿la mediación en el Ecuador tendría mejor apertura y recibimiento, en caso de ser obligatoria?

A diferencia de Argentina, en Colombia no fue necesario la realización de un plan piloto para establecer a la conciliación prejudicial como obligatoria. No obstante, la complicación de la legislación colombiana es la variedad de normativa que tienen para normar la conciliación. Este hecho provoca problemas al momento de su aplicación, pues, claramente, los conciliadores pueden llevar a cabo dicha materia con cualquier ley. Adicional a esto, en cada ley que norma la conciliación, se reconocen diferentes formalidades, lo cual “dificultando su uso por el exceso de formalismos impuestos y desligándolo cada vez más de los conflictos reales que se presentan en la sociedad”⁵¹.

En consecuencia, este elemento puede ser considerado como un punto favorable para el Ecuador, pues, en nuestro país rige la Reforma de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto, facilita de cierta manera la aplicación de la mediación, pues las formalidades que se deben cumplir se van a basar en ella. Debe tomarse en cuenta que este proceso se caracteriza por

⁴⁹ Artículo 90, Código General del Procesos, Ley 1564 , Diario Oficial 48489 de 12 de julio de 2012.

⁵⁰ Artículo 52, Ley 1395, Diario Oficial No.47.768 de 12 de julio de 2010.

⁵¹ Departamento Nacional de Planeación, “Análisis Conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años”, ed. Legis. (Colombia, 2015), 35.

ser no formal, en comparación a un proceso judicial, como Ximena Bustamante menciona, “[p]or regla general, este procedimiento no debe cumplir con ninguna solemnidad o formalidad como aquellas de un juicio”⁵².

Pese a lo mencionado, al ver también que el sistema colombiano tiene como obligatoria la mediación en materia de familia, es decir, en alimentos, visitas y tenencia, es evidente que puede ser una opción para el Ecuador. Debido a que, se ejemplifica que la materia mencionada es relevante, ya que, en Argentina también lo era. Haciendo un análisis numérico de la situación en Colombia, se establece que “más de 900 mil conflictos fueron tramitados por conciliación entre el 2002 y el 2014, 4 de cada 10 solicitudes de conciliación llegan a acuerdo en los centros de conciliación”⁵³.

Empero, es sustancial resaltar que la legislación colombiana, al igual que la argentina difieren de la legislación ecuatoriana, con respecto a un tema en primordial. Este tema puede ser atribuible a la explicación del por qué funciona la mediación prejudicial obligatoria en ambos países. Por lo tanto, tómesese en cuenta que en Colombia y Argentina la mediación prejudicial obligatoria ha sido implantada en sus sistemas desde muchos años atrás. La mediación o la conciliación (conocida en Colombia), siempre ha estado al servicio de la justicia.

Ahora bien, comparando el funcionamiento de la mediación obligatoria en Colombia con Ecuador, es interesante resaltar y comparar que en el Ecuador se desarrollan cifras de mayor valor a las establecidas en Colombia. Por ejemplo, en el siguiente gráfico se detallan valores numéricos de acuerdos que se han logrado año tras año, en los Centros de Mediación de la Función Judicial. Este punto debe ser considerado fundamental, pues, en el Ecuador la mediación sigue siendo facultativa, y tiene resultados positivos.

⁵² Ximena Bustamante, “La naturaleza jurídica el Acta de Mediación” (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 7.

⁵³ Departamento Nacional de Planeación, “Análisis Conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años”, ed. Legis. (Colombia, 2015), 8.

Acuerdos logrados por años

En el año 2020, del total de audiencias instaladas, el 93,34% llegaron a un acuerdo.
En el año 2019, del total de audiencias instaladas, el 91,82% llegaron a un acuerdo.
En el año 2018, del total de audiencias instaladas, el 90,18% llegaron a un acuerdo.
En el año 2017, del total de audiencias instaladas, el 89,94% llegaron a un acuerdo.
En el año 2016, del total de audiencias instaladas, el 88,95% llegaron a un acuerdo.
En el año 2015, del total de audiencias instaladas, el 85,97% llegaron a un acuerdo.
En el año 2014, del total de audiencias instaladas, el 83,60% llegaron a un acuerdo.

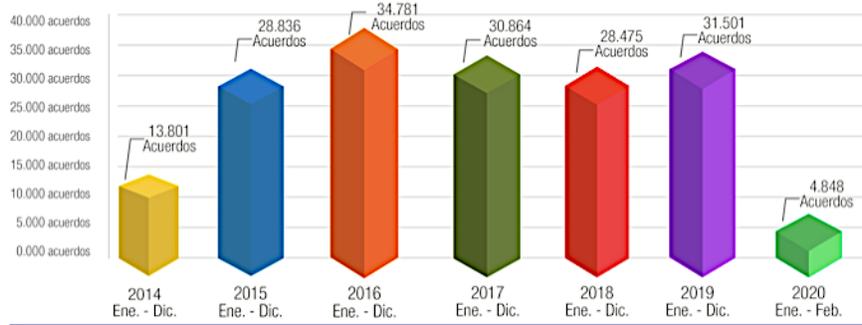


Figura 4. Acuerdos logrados por año. (Consejo de la Judicatura, “Datos Estadísticos: Gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial”, 2020).

Detallando mas a fondo, y ejemplificando de mejor manera lo mencionado, en el siguiente gráfico se puede notar como en Colombia se llega efectivamente a acuerdos, lo cual quiere decir que la mediación prejudicial obligatoria es eficiente. Sin embargo, en comparación con Ecuador, en el año 2019 en Bogotá se logró 22.648 actas de acuerdo total. En el Ecuador, en los centros de Mediación de la Función Judicial, en el año 2019 (como el gráfico anterior) se realizaron 31.501 acuerdos.

Estos datos, crean incertidumbre con respecto al funcionamiento de la conciliación prejudicial obligatoria, pues, efectivamente en Colombia tienen buenos resultados, pero en el Ecuador, al ser facultativa, funciona bien la mediación. Este argumento destaca que la mediación para su buen funcionamiento, no necesariamente debe ser obligatoria.

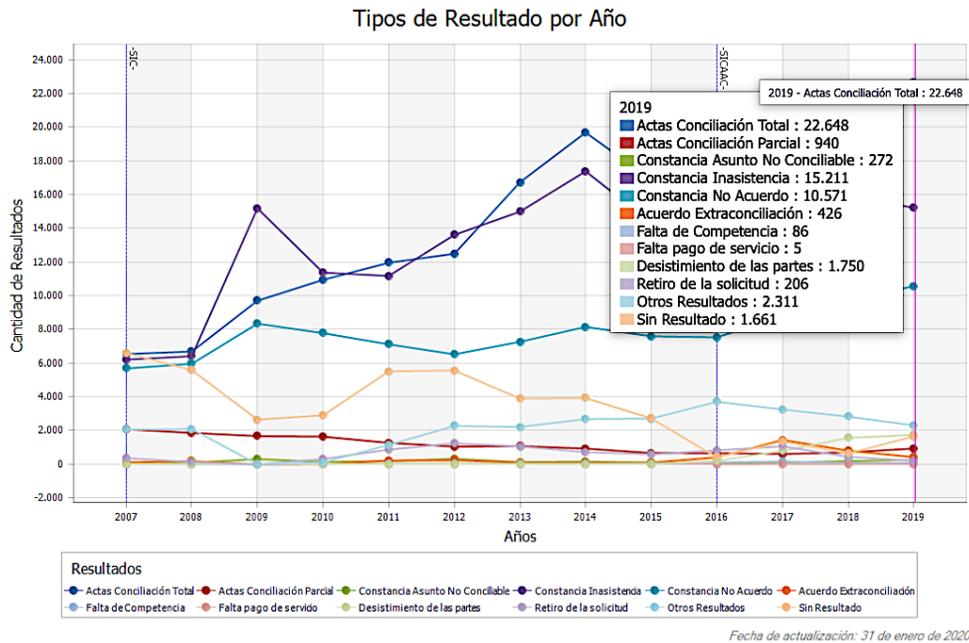


Figura 5. Acuerdos en Colombia. (Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición, “Estadísticas de Conciliación Extrajudicial en Derecho”)

Adicionalmente, ejemplificando el buen acogimiento de la mediación en el Ecuador, se reconoce que:

En ese tiempo se conocieron 319.281 casos, de los cuales se instalaron 174.641. De esa cifra, se llegó a un acuerdo en 154.651 audiencias, lo que representa el 88,5%. La mayoría de estos se relaciona con casos familiares que incluyen la fijación, aumento, disminución y liquidación de pensiones alimenticias. También el régimen de visitas, alimentos para mujeres embarazadas o congruos⁵⁴.

Con esto, cabe dar la razón que la población de cada país en contexto ya conoce de esta posibilidad para solucionar conflictos, como ya se ha mencionado a lo largo del artículo. En ambas legislaciones se detallan las materias en que se puede aplicar la mediación, concordando en materia de alimentos, visitas y tenencia. En el Ecuador, si bien la Ley de Arbitraje y Mediación se promulgó en el año 1997, la población no tenía mayor conocimiento

⁵⁴ “El 89% de casos llegan a un acuerdo con la mediación”, *El Telégrafo*, 4 de septiembre de 2019, Redacción Justicia.

de la misma, como se menciona, en ese entonces, “no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones”⁵⁵

Diferentes opiniones se han pronunciado sobre este punto, por ejemplo, Olivia Cortés, directora del Centro de Mediación de la Universidad Católica, en ese momento, manifiesta que “[l]as instituciones privadas que trabajan en mediación y el Estado, deben buscar un ambiente de paz y tranquilidad por lo que se debería difundir los beneficios de la mediación, así la gente podría optar con conocimiento a las ventajas del mismo”⁵⁶.

2.3.- Legislación de Perú

En Perú se trata a la conciliación y mediación como sinónimos, motivo por el cual, al igual que Colombia, se referirá a la mediación como conciliación. La Ley de Conciliación Extrajudicial 26872 de 1997, es la ley que regula al proceso de conciliación. Dicha ley se mantuvo de carácter facultativo hasta el año 2001. La misma, en su artículo 5⁵⁷ la define como mecanismo alternativo para la solución de conflictos. De igual forma en el artículo 6⁵⁸ se establece el carácter obligatorio que la conciliación tiene. Por ende, al igual que Argentina y Colombia, es obligatorio que antes de iniciar un proceso judicial se haya agotado la vía de conciliación, en materias determinadas y establecidas en las respectivas leyes. Por ejemplo, en materias, como en tenencia, alimentos y visitas.

Es importante resaltar que, al igual que Argentina, en Perú se realizó un plan piloto para la conciliación extrajudicial obligatoria en el año 2000, teniendo como resultados positivos la implementación del mismo en diferentes partes de Perú.

Como ya se mencionó, la legislación peruana reconoció desde el año 2001 a la conciliación extrajudicial como obligatoria. El objetivo de esta implementación se basó en aumentar el conocimiento de la población sobre este procedimiento, pues, desde 1997 ya existía la conciliación. Como algunos autores opinan, lo que se busca es concientizar a las

⁵⁵ Álvaro Galindo, “Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador”, *Iuris Dictio* II/4 (2001), 123.

⁵⁶ “La mediación es una opción”, *La Hora*, 31 de octubre de 2006, Sección noticias de Quito.

⁵⁷ *Ver*, Artículo 5, Ley No. 26872 de 1997, Ley de Conciliación modificada por el Decreto Legislativo 1070 de 28 de junio de 2008.

⁵⁸ *Ver*, Artículo 6, Ley No. 26872 de 1997.

personas de los beneficios que acarrea este procedimiento y, a su vez, lograr que las personas se reconozcan como partícipes de esta forma de solución de conflictos.⁵⁹

Ahora bien, como en Perú se desarrolló, se puede considerar que el carácter de obligatorio impone al conocimiento de las partes. En las legislaciones ya analizadas, se establece que el carácter de obligatorio en la conciliación prejudicial no desnaturalizó a dicho método, contrario a Perú. Pese a esto, cada país funciona de distinta forma, en Perú la implementación de la conciliación como obligatoria no ha tenido un buen acogimiento. Se ha manifestado que:

En el Perú, el sistema conciliatorio extrajudicial se estableció con la Ley N° 26872, cuya obligatoriedad esta vigente desde el 2001. La ley ha tenido aspectos positivos, pero defectos insalvables de este sistema («incompatibilidad jurídica y social del sistema»); es decir, el sistema ha presentado algunas virtudes y ciertos vicios en su planificación, ejecución y adecuación al orden social y jurídico de nuestro país⁶⁰.

Adicional a esta opinión, el Dr. Alberto Borea Odría, miembro del Comité Consultivo de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos alude que la conciliación prejudicial obligatoria “solo ha significado una demora en el proceso y un mayor gasto inútil para estos; siendo que, en su más de cinco años de vigencia, la Ley de Conciliación ha demostrado inoperancia total.”⁶¹

Estos argumentos planeados crean un debate con respecto al problema manifestado en el desarrollo del presente artículo y a su vez, planteado en la introducción, es decir, ¿la mediación en el Ecuador tendrá efectos positivos al implementarse su obligatoriedad, o simplemente se debe difundir de manera mas constante que existen métodos alternativos de resolución de conflictos?

El objetivo principal que Perú tuvo con respecto al establecer la mediación como obligatoria era buscar una cultura de paz, esperando que los ciudadanos encuentren la solución de sus conflictos a través de este método y no solo la vía judicial. Referente a esto, se ha manifestado que “[n]o cabe duda que la conciliación puede coadyuvar a reducir la carga

⁵⁹ Rosely, Shirakawa, “La conciliación extrajudicial en el Perú, como medio para promover una cultura de paz”, Derecho PUCP No.52. (Lima, 1999), 200.

⁶⁰ Comisión de la Justicia y Derechos Humanos, “Predictamen de los proyectos de ley n° 261/2006-cr, 262/2006-cr, 1093-2006-cr y 1910/2007-cr, proponiendo modificar la ley 26872, ley de conciliación, estableciendo su carácter facultativo”, (Lima, 2008), 4.

⁶¹ *Id.*, 2.

procesal, reducir costos a las partes, promover soluciones satisfactorias, pero además debería propiciar una cultura de paz.”⁶²

Si bien es cierto, la mediación tiene aspectos beneficiosos, tales como la celeridad, el tiempo, imparcialidad, reducción de costos, acceso a la justicia y, sobre todo, que la solución a la que se llega es impartida únicamente por las partes. Sin embargo, estas características destacables de la conciliación no han sido valoradas como tal, se ha desnaturalizado el proceso de la mediación, convirtiéndolo en un simple trámite. Argumento compartido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos:

[L]a conciliación institucionalizada por ley a partir de un sistema obligatorio ha propiciado, lamentablemente, fuerzas del todo contrarias a los fines en los que se pensó al momento de iniciarla, que consistían en mejorar el acceso a la justicia, promover la cultura de paz y reducir la carga judicial [...] la conciliación extrajudicial no ha promovido el acceso a la justicia de las mayorías sino que, por el contrario, ha sido tomada como una opción laboral o empresarial⁶³.

De esta forma, cabe tomar en cuenta otro posible panorama. La obligatoriedad puede reducir casos que lleguen a un acuerdo. En la hipótesis de que las partes asisten a la conciliación por su propia voluntad, ya tienen el ánimo de mantener el proceso y buscar una posible solución, pero, contrario a ello, si las partes obligatoriamente deben asistir a este proceso, lo pueden realizar por cumplir con este requisito, mas no por querer solucionar la controversia en esta instancia.

Por ejemplo, “[e]ntre Enero de 2001 y diciembre de 2005, en 100,856 procedimientos conciliatorios concluidos en centros privados, el 25% culminó con acuerdo y 65% con inasistencia de las partes”⁶⁴. Es decir, la conciliación puede concluir con un acuerdo entre las partes o la inasistencia de la misma, redactando la imposibilidad de mediación, pese a ello, si se cumplió con el requisito de la conciliación prejudicial obligatoria.

Por otro lado, independientemente de la ineficiencia de la conciliación prejudicial obligatoria en Perú, cabe hacer hincapié en que, los casos en controversia referentes a la materia de familia, en su mayoría han llegado a una solución. Este hecho ejemplifica el

⁶² Iván Ormachea, “La promesa de la Conciliación: comentarios a la Ley 26872 y su Reglamento”, *Derecho y Sociedad* 13 (1998), 54.

⁶³ Comisión de la Justicia y Derechos Humanos, “Predictamen de los proyectos de ley n° 261/2006-cr, 262/2006-cr, 1093-2006-cr y 1910/2007-cr, proponiendo modificar la ley 26872, ley de conciliación, estableciendo su carácter facultativo”, (Lima, 2008), 7.

⁶⁴ *Id.*, 2.

funcionamiento de la conciliación con respecto a temas de, por ejemplo, alimentos, visitas y tenencia. Tómese en cuenta que su efectividad radica en la conciliación, mas no en la conciliación obligatoria, como ya se justificó anteriormente. Dicho argumento se demuestra en el siguiente gráfico:

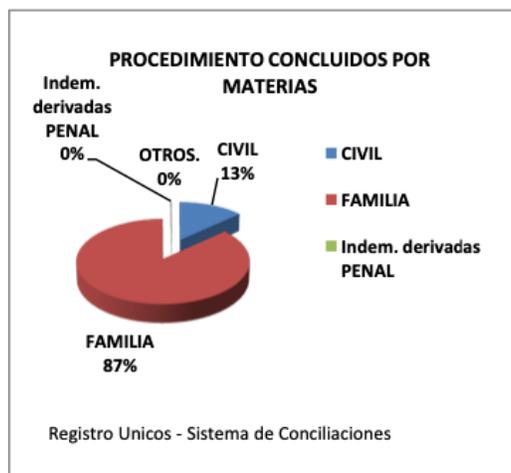


Figura 6. Procedimientos concluidos por materia. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Estadística de centros de conciliación gratuitos de lima y provincias del año 2008 al 2012”, 3).

Por lo tanto, es importante destacar que en la legislación peruana la conciliación se ha convertido en un mero trámite, lo cual dificulta sus buenos resultados. Comparándolo con el Ecuador, los resultados de la mediación como facultativa continúan siendo mejores, relacionados con Perú. De dicho modo, cabe mencionar que, para obtener resultados efectivos, la mediación prejudicial obligatoria no es la única vía.

2.4.- Legislación de Estados Unidos

Estados Unidos es un país que tiene un sistema de derecho anglosajón, o también conocido como *Common Law*, diferente al sistema ecuatoriano (*Civil Law*). Es significativo analizar como se lleva a cabo la mediación en el presente país, pues es el ejemplo mas claro de cómo este método alternativo de resolución de conflictos funciona sin problema alguno, siendo en principio facultativo y no obligatorio. Tomando en cuenta, que como se analizará existen casos en que la mediación es obligatoria por orden judicial.

En 1998 el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley Federal *Alternative Dispute Resolution*. En esta ley se regula el procedimiento para resolver conflictos por vías no judiciales. Así mismo, el departamento de justicia de los Estados Unidos menciona:

La Ley de resolución alternativa de disputas de 1998 obliga a cada tribunal de distrito federal a adoptar normas locales que autoricen el uso de diversas formas de resolución alternativa de disputas en todas las acciones civiles y a "alentar y promover el uso de la resolución alternativa de disputas en [cada] distrito"⁶⁵.

The White House, en un memorando realizado el 1 de mayo de 1998, estableció que para hacer que el gobierno funcione de manera mas eficiente y efectiva, todas las agencias federales deberán promover un mayor uso de la mediación, arbitraje, evaluación neutral temprana, y otros métodos alternativos de resolución de conflictos⁶⁶. Esta acción resultó eficiente para dicho país.

Tómese en cuenta que en la Ley Federal *Alternative Dispute Resolution* de 1998 dispuso que cada corte de cada distrito de los Estados Unidos deberá implementar su propio programa alternativo de resolución de conflictos en base a la regla local adoptada, para promover el uso de dichos métodos⁶⁷. Este hecho también es un punto diferente en la legislación ecuatoriana, pues no se aplica. En el Ecuador únicamente se tiene la reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual se encarga de legislar los métodos alternativos de resolución de conflictos. A su vez, no hay la disposición gubernamental de que cada distrito implemente un programa para promover este método, como sucedió en Estados Unidos.

Ejemplificando la regulación de Estados Unidos por cada distrito, en el distrito de Alabama *the alternative dispute resolution process* es totalmente voluntario, requiere el consentimiento de las partes. Por otro lado, al norte de Alabama, también es aplicada la mediación por consentimiento de las partes o por derivación del juez⁶⁸, al igual que sucede en el Ecuador. Adicional a ello, al norte de la Florida la corte puede establecer a las partes que vayan a mediación, sin embargo, las partes acuerdan voluntariamente si hacerlo. De igual

⁶⁵ The United States Department of Justice, "Compendio de las reglas locales de ADR de los Tribunales del distrito Federal", (2018).

⁶⁶ Ver. The White House, "Memorandum for heads of executive departments and agencies." (Washington, 1998).

⁶⁷ Ver. Alternative Dispute Resolution Act of 1998, 2.

⁶⁸ Ver. ADR in The Federal District Courts, (2016).

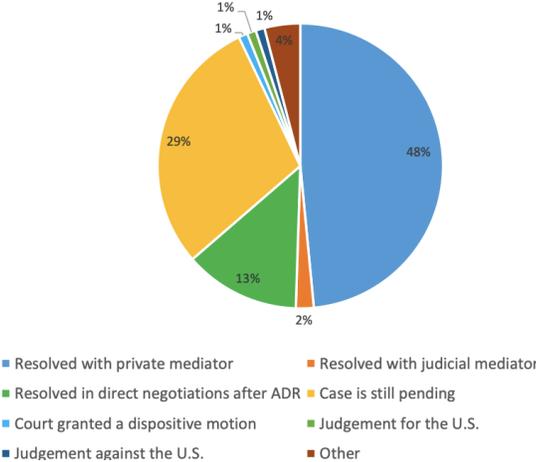
forma, al sur Georgia, la mediación es totalmente voluntaria⁶⁹, y es así como, en los demás distritos cada uno tiene su normativa para aplicar los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Como es mencionado, en Estados Unidos también existe la figura de la mediación por derivación judicial. Esta disposición está presente en varios distritos de los Estados Unidos de América, la cual tiene un eficiente desarrollo. Como ya fue mencionado, al norte de Alabama se practica la mediación por derivación judicial. De igual forma, en California Central y al este de California existe un programa de métodos alternativos de resolución de conflictos dirigido por el tribunal o a solicitud de las partes⁷⁰.

Sin embargo, al norte de California, la mayoría de los casos son asignados a un método de resolución de conflictos, siendo esta decisión de las partes o de la corte⁷¹. Asimismo, en el centro de la Florida la mediación puede ser ordenada por el juez o requerida voluntariamente por las partes⁷². Estas decisiones tomadas por los diferentes distritos de Estados Unidos, han tenido buenos resultados, siendo la mediación voluntaria o a su vez requerida por un juez, datos que serán demostrados a continuación.

Cabe destacar que cada distrito se rige por sus propias reglas con respecto a los métodos alternativos de resolución de conflictos. Pese a estas disposiciones, los resultados son positivos. En el grafico a continuación de demuestran los porcentajes de casos resueltos en el año 2017.

DISPOSITION OF CASES CLOSED IN FY2017



⁶⁹ *Id.*
⁷⁰ *Id.*, 3-4.
⁷¹ *Id.*, 4
⁷² *Id.*, 6

Figura 7. Casos concluidos en el año 2017. (The United States Department of Justice, “Use and Benefits of ADR by the Department of Justice Fiscal Year 2017 Overview”, (2017), 2.

Por consiguiente, como se planteó, Estado Unidos ha obtenido resultados eficientes. Por ejemplo, el departamento de justicia establece datos numéricos sobre el resultado de la mediación, tanto el sistema voluntario en el que las partes acuden a un centro de mediación, como en la derivación judicial. Resultados verificables en el siguiente gráfico:

Category	TOTALS				
	2017	2016	2015	2014	2013
Success Rates for ADR					
Voluntary ADR Proceedings	75% Resolved	75% Resolved	71% Resolved	69% Resolved	82% Resolved
Court-Ordered Proceedings	55% Resolved	52% Resolved	58% Resolved	56% Resolved	62% Resolved

Figura 8. Casos resueltos. (ADR in The Federal District Courts, “District Sumaries”, 2016).

Asimismo, se puede notar que establecer a la mediación con carácter obligatorio no quiere decir que será la única forma para obtener resultados positivos. Como ya fue analizado, si bien en Argentina y Colombia la mediación prejudicial obligatoria funciona, en Perú no sucede lo mismo. Por lo contrario, en Estados Unidos la mediación si tiene buenos resultados, por lo tanto, el sistema que mantiene dicho país sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos si ha sido eficiente.

Existe una diferencia sustancial con el Ecuador. En el país mencionado, existe un desconocimiento sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, principalmente en materias que pueden solucionarse a través de este método, como por ejemplo en alimentos, visitas y tenencia. Sin embargo, hasta el momento se analizó que lo ideal es la difusión de la materia, mas no el carácter obligatorio de la mediación, considero que para implementar su efectivo desarrollo es necesario difundir este método, al igual que lo hizo *The White House* en su memorando.

Sección 3: Conclusión. - ¿Cabe la mediación prejudicial obligatoria en materia de visitas, alimentos y tenencia en la legislación ecuatoriana?

Como primer punto, es pertinente resaltar que la mediación en el Ecuador es reconocida como un método alternativo de resolución de conflictos. Se encuentra normada en distintos cuerpos legales, por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190 dispone que “[s]e 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”⁷³. Este punto da a conocer que la mediación es reconocida legalmente por el ordenamiento ecuatoriano.

Ahora bien, en materia de niñez y adolescencia, en el código orgánico de la misma, se encuentra el título XI, denominado “la mediación”, el cual dispone que la mediación procederá en toda materia que sea transigible siempre que no vulneren los derechos irrenunciables de los niños, niñas y adolescentes, como es en el caso específico de solucionar conflictos de alimentos, visitas y tenencia en el procedimiento de la mediación. Con estos dos aspectos mencionados, cabe la afirmación de que en materia de alimentos, visitas y tenencia es posible la práctica de la mediación, y es lo que actualmente pasa en el Ecuador.

Una de las características más relevantes de la mediación es la voluntad de las partes al momento de acceder a dicho método alternativo de resolución de conflictos. Como Jaime Vintimilla manifiesta, “los disputantes manejan este procedimiento libremente facilitados por un tercero hasta que se sientan cómodos, pudiendo dejar de usarlos cuando a bien tuvieren. Este principio es fundamental, pues marca el inicio de una cultura de comunicación basada no en la coacción sino en el convencimiento social de la utilidad de este mecanismo”⁷⁴.

Por lo tanto, esta característica es destacable y eficiente, ya que, las partes al asistir a la primera audiencia de mediación tienen claro que existe un conflicto y que dicho conflicto requiere de una solución eficiente para ambas partes. Es decir, las partes tienen conocimiento de que el conflicto puede llegar a solucionarse a través de un acuerdo, mismo que llega con la participación de ambos, no del mediador. Este punto da a conocer otra característica importante de este método, la imparcialidad del mediador y su participación en la mediación.

⁷³ Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁴ Jaime Vintimilla, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, Revista MASC Ecuador No1, (2005), 12.

El principio de voluntariedad de las partes que la mediación abarca, no se desnaturalizaría en el caso de que la mediación se convierta en un proceso prejudicial obligatorio, como pasa en Argentina y Colombia. Como ya fue analizado, se exteriorizó que estos países que tienen buenos resultados con esta implementación dentro de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, con los ejemplos manifestados de las legislaciones comparadas, es evidente que el recibimiento por parte del ordenamiento jurídico y de la sociedad sobre la obligatoriedad de la mediación dependerá de cada país. No obstante, con el análisis realizado si se puede llegar a una conclusión que deba aplicarse en el Ecuador.

En primer lugar, Argentina para implementar en su ordenamiento jurídico a la mediación como obligatoria antes de todo proceso judicial, realizó un plan piloto para comprobar si se aumentaba el efectivo acceso a la justicia por canales no formales. Este plan obtuvo resultados positivos y por ello se estableció a la mediación prejudicial obligatoria. Dicha posición fue demostrada con datos estadísticos que confirmaron el buen recibimiento de mediación obligatoria en el país mencionado.

Contrario a esto, en Perú la legislación determina a la mediación como obligatoria. Como ya fue analizado y observando anteriormente, los datos estadísticos y comentarios han demostrado que en Perú la mediación efectivamente se desnaturalizó. Este es el ejemplo de un país en donde se implementó el carácter de obligatorio a la conciliación prejudicial, pero, tuvo consecuencias como el rechazo de la sociedad, y el mal uso de la mediación, tratándole a la misma como un mero trámite.

Por otro lado, en Colombia las condiciones fueron diferentes. No se estableció ningún plan piloto para establecer a la mediación prejudicial como obligatoria. Se puede establecer, en base a los datos estadísticos mencionados en los apartados correspondientes a cada país, que en Colombia si bien funciona la mediación, el Ecuador tiene mayores porcentajes de acuerdos realizados. Este punto demuestra que la obligatoriedad no es necesaria para el efectivo funcionamiento de la mediación.

En consecuencia a esto, se ejemplifica lo establecido con el funcionamiento de la mediación en Estados Unidos. En este país la mediación no es obligatoria, y tiene efectivos resultados de conflictos que se han solucionado de manera voluntaria o por derivación judicial a través de este canal no formal. Cabe recalcar que la mediación por derivación judicial no perjudica a la naturaleza de la mediación. Consecuentemente, para lograr un mejor

sistema de justicia no es necesario que la mediación se convierta en obligatoria antes de que cualquier parte, actor o demandado, pretenda iniciar un proceso judicial. En el Ecuador el funcionamiento de la mediación es eficiente y no se debería cambiar el carácter facultativo que este método alternativo de resolución de conflictos tiene.

Adicionalmente, la legislación estadounidense goza de un aspecto relevante para tener los resultados se han observado. En Estados Unidos, *The White House*, dispuso que todo distrito federal debe promover un mayor uso de la mediación, es decir, difundieron el método alternativo de resolución de conflictos. Esta acción por parte de las instituciones gubernamentales dio apertura para que toda persona conozca de esta opción y la indague. Este punto es el más importante, y el que no se dispone en el Ecuador, la falta de divulgación con respecto al método alternativo de resolución de conflictos como la mediación. Esto debe enfocarse en que es la mediación, que involucra, como se la práctica, las partes intervinientes, y sobre todo, que el acuerdo al que se llegue tiene la misma calidad que una sentencia, es decir, es cosa juzgada.

Por ello, ante el problema planteado, una vez analizado los distintos tipos de ordenamientos de Argentina, Colombia, Perú y Estados Unidos, cabe reconocer que la mediación prejudicial obligatoria en materia de visitas, alimentos y tenencia en la legislación ecuatoriana no es la mejor solución para su efectiva aplicación. Por lo contrario, puede implicar un efecto contradictorio al momento de interponer a las personas que desconocen con claridad que es este proceso de mediación, logrando únicamente que sea un requisito más para llegar al proceso judicial, como sucedió en Perú.

Por consiguiente, la mediación en materia de visitas, tenencia y alimentos, debe mantenerse como facultativa. Sin embargo, la solución al problema planteado en el presente artículo es entablar la divulgación de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos a toda la población ecuatoriana, como en Estados Unidos se hizo. Dicha difusión de la materia debe enfocarse en que la población ecuatoriana tenga conocimiento de manera detallada sobre que es el procedimiento de la mediación y todo lo que el mismo abarca. Con el fin de lograr lo que Jaime Vintimilla manifiesta:

Estos mecanismos permiten que todos los actores sociales puedan tomar conciencia de acudir al proceso judicial única y exclusivamente en aquellos casos que sean estrictamente necesarios, transformándose así en verdades artífices de la solución de sus propias divergencias”⁷⁵

Esta difusión de la mediación se trata de que la entidades gubernamentales, con el fin de que el gobierno funcione de manera mas eficiente y efectiva, deberán promover un mayor uso de la mediación, a través de noticias, proyectos, planes estratégicos; a fin de que la población ecuatoriana, ciudadanos de recursos económicos altos, medios y bajos, conozcan de este método alternativo de resolución de conflictos, un canal menos formal y con buenos beneficios como el tiempo, la celeridad, la imparcialidad y confidencialidad.

⁷⁵ *Id.*, 9.