



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
POLÍTICAS**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**Análisis jurídico y doctrinal respecto de la incorporación  
de la mediación prejudicial obligatoria en el derecho de  
familia como una forma de descongestión del sistema  
procesal ecuatoriano**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de:

**MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN  
DERECHO PROCESAL**

**Autora:** Barillas Martínez, Amy Rebeca Auxiliadora

**Director:** Maldonado Ordóñez, Jorge Alberto

LOJA

2024



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2024

## **Aprobación del director del Trabajo de Titulación**

Loja, 30 de septiembre de 2024

Magíster.

Paúl Javier Moreno Quizhpe

**Director de la maestría en derecho mención derecho procesal**

Ciudad de Loja

De mi consideración:

Me permito comunicar que, en calidad de director del presente Trabajo de Titulación nominado: Análisis jurídico y doctrinal respecto de la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria en el derecho de familia como una forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano realizado por Amy Rebeca Auxiliadora Barillas Martínez ha sido orientado y revisado durante su ejecución, así mismo ha sido verificado a través de la herramienta de similitud académica institucional, y cuenta con un porcentaje de coincidencia aceptable. En virtud de ello, y por considerar que el mismo cumple con todos los parámetros establecidos por la Universidad, doy mi aprobación a fin de continuar con el proceso académico correspondiente.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Director: Doctor Jorge Alberto Maldonado Ordóñez.

C.I.: 1103421267

Correo electrónico: jamaldonadox@utpl.edu.ec

### **Declaración de autoría y cesión de derechos**

Yo, Amy Rebeca Auxiliadora Barillas Martínez, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

Ser autora del Trabajo de Titulación denominado: Análisis jurídico y doctrinal respecto de la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria en el derecho de familia como una forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano, de la maestría de Derecho, mención Derecho Procesal, específicamente de los contenidos comprendidos en cuatro capítulos, siendo el primero: Generalidades de la figura de la Mediación, el segundo: La figura del Mediador, el tercero: La mediación prejudicial obligatoria en el derecho de familia como una forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano y el cuarto: La mediación prejudicial obligatoria en legislación comparada. Siendo Jorge Alberto Maldonado Ordóñez, director del presente trabajo; también declaro que la presente investigación no vulnera derechos de terceros ni utiliza fraudulentamente obras preexistentes. Además, ratifico que las ideas, criterios, opiniones, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad. Eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual de este trabajo.

Que la presente obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad", en tal virtud, cedo a favor de la Universidad Técnica Particular de Loja la titularidad de los derechos patrimoniales que me corresponden en calidad de autor/a, de forma incondicional, completa, exclusiva y por todo el tiempo de su vigencia.

La Universidad Técnica Particular de Loja queda facultada para ingresar el presente trabajo al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

.....

Autor: Amy Rebeca Auxiliadora Barillas Martínez

C.I.:0152156204

Correo electrónico: arbarillas@utpl.edu.ec

### **Dedicatoria**

Quiero dedicar este trabajo investigativo primeramente a Dios y a la Virgen María, nuestra Señora de la vida mística, que siempre me han cuidado y guiado en el buen camino, así mismo, dedico esta tesis a los miembros de mi familia que partieron a la casa del Padre Celestial, comenzando por mi abuelo Claudio Martínez y mis tíos abuelos Fernando e Isabel Narváez.

Y a los países por los que he venido desarrollando mi misión como misionera Idente Ecuador y Bolivia, en donde he conocido a personas maravillosas.

## **Agradecimiento**

Agradezco primeramente a Dios por esta oportunidad en la que puedo hacer una oblación de mi vida con estos estudios. De igual manera a mis Padres, quienes me dieron la vida y a pesar de la distancia me han brindado su apoyo y confianza en esta ardua labor, así como a mi Abuela Adilia Narváez, quien con sus oraciones me animó y sostuvo en momentos muy difíciles a pesar de la distancia. Por último y no menos importantes, a mis hermanas y hermanos misioneras y misioneros Identes del Instituto Id de Cristo Redentor, quienes también con su oración, apoyo y cariño ha sido posible todo esto.

## Índice de contenido

<b>Carátula .....</b>	<b>I</b>
<b>Aprobación del director del Trabajo de Titulación .....</b>	<b>II</b>
<b>Declaración de autoría y cesión de derechos.....</b>	<b>III</b>
<b>Dedicatoria .....</b>	<b>V</b>
<b>Agradecimiento.....</b>	<b>VI</b>
<b>Índice de contenido .....</b>	<b>VII</b>
<b>Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>2</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo uno.....</b>	<b>6</b>
<b>Generalidades de la figura de la mediación.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 Definición de Mediación .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1.1 Tipos de Mediación .....</b>	<b>8</b>
1.1.1.1 Extrajudicial .....	10
1.1.1.2 Intrajudicial.....	11
<b>1.2 La figura de la conciliación en el Derecho de familia.....</b>	<b>12</b>
<b>1.3 Antecedentes históricos de la conciliación.....</b>	<b>16</b>
<b>1.4 Diferencias entre la mediación y la conciliación.....</b>	<b>19</b>
<b>Capítulo dos .....</b>	<b>23</b>
<b>La figura del Mediador.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 Tipos de Mediadores.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Perfil del Mediador Familiar.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 Requisitos exigidos por la ley para ser mediador .....</b>	<b>29</b>
<b>Capítulo tres.....</b>	<b>31</b>
<b>La mediación prejudicial obligatoria en el derecho de familia como una forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano .....</b>	<b>31</b>

<b>3.1</b>	<b>Los procesos de mediación y conciliación en Ecuador.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2</b>	<b>Beneficios de la mediación previa obligatoria en la descongestión de causas en Ecuador.....</b>	<b>37</b>
	<b>Capítulo cuatro.....</b>	<b>42</b>
	<b>La mediación prejudicial obligatoria en legislación comparada.....</b>	<b>42</b>
<b>4.1</b>	<b>Marco Normativo de la mediación nacional e internacional.....</b>	<b>44</b>
<b>4.2</b>	<b>La mediación prejudicial obligatoria en el Derecho Español.....</b>	<b>49</b>
<b>4.3</b>	<b>La Mediación familiar obligatoria previa en el Derecho Chileno.....</b>	<b>52</b>
<b>4.4</b>	<b>Análisis de la mediación prejudicial obligatoria en el derecho ecuatoriano</b>	<b>56</b>
	<b>Conclusiones.....</b>	<b>62</b>
	<b>Recomendaciones.....</b>	<b>63</b>
	<b>Referencias.....</b>	<b>64</b>

## Resumen

La Mediación como un método adverso o alternativo de resolución de conflictos, puede ser una solución viable para el descongestionamiento del sistema judicial ecuatoriano en procesos judiciales en Derecho de familia, pues si la mediación prejudicial o extrajudicial se establece como un requisito obligatorio para temas delimitados y establecidos en la norma, ayudará a la aceleración de la resolución de estos conflictos judiciales. Además, contribuiría a una sociedad que está en búsqueda de una cultura de paz, reforzando los principios de celeridad y economía procesal. Es necesario señalar que, en Ecuador sólo sería necesario la regulación de esta obligatoriedad que no merma la característica de la voluntariedad de las partes en la mediación, pues la obligación consiste en el acudir primeramente a este mecanismo antes que lo judicial y no en la decisión de un acuerdo, así como lo tienen establecido varias legislaciones tanto europeas como latinoamericanas, en especial Chile y España. Para esto será necesario la capacitación y regulación de mediadores especializados en materia de derecho de familia.

*Palabras clave:* Mediación, descongestión, familia.

### **Abstract**

Mediation, as an adversarial or alternative method of conflict resolution, can be a viable solution for relieving congestion in the Ecuadorian judicial system, particularly in family law proceedings. If pretrial or extrajudicial mediation is established as a mandatory requirement for specific and defined issues, it would also contribute to expediting the resolution of these legal disputes. Additionally, it would promote a society seeking a culture of peace, reinforcing principles of efficiency and procedural economy.

It's important to note that in Ecuador, this mandatory regulation would not undermine the voluntary nature of mediation. The obligation would be to first seek this mechanism before resorting to the courts, rather than imposing a decision on reaching an agreement. Similar provisions exist in various European and Latin American legislations, notably in Chile and Spain. Achieving this would require specialized training and regulation for family law mediators.

*Keywords:* Mediation, relieving congestion, family.

## Introducción

La presente investigación, pretende abordar la figura jurídica de la mediación, como una posible forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano en lo que concierne a la materia del derecho de familia. En este sentido es necesario presentar el propósito de este trabajo investigativo, así como el definir la problemática, su importancia en la actualidad y su situación actual.

Es necesario comprender, entonces primero que la mediación es una alternativa a la vía judicial de la terminación de un proceso, en la cual las partes por un tercero neutral, llamado mediador, procuran llegar a un acuerdo voluntario. (Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, art. 43).

La mediación, entonces desempeña un papel fundamental en la resolución de cualquier conflicto, especialmente en el contexto de procesos judiciales. Es, así pues, que la mediación es un complemento del proceso y la administración de Justicia, la cual es ejercida por jueces que son servidores públicos, convirtiéndose en un servicio público, lo que prestan los jueces o juzgadores, lo que permite que las partes procesales tengan la posibilidad de solucionar un conflicto bajo la tutela de un mediador profesional. Esto permite que se garantice la calidad del sistema y se enriquezca el tradicional método judicial. (Vallejo Pérez, G. 2019)

Continuando con Vallejo Pérez, en su libro de la mediación familiar en el sistema jurídico español destaca que la presentación de una Guía para la práctica de la Mediación de forma intrajudicial, constituye una respuesta a dos exigencias: por un lado, la saturación de los juzgados que afecta a su eficiencia y, por otro lado, el derecho de los ciudadanos a un efectivo acceso a la justicia. (Vallejo Pérez, G., 2019P. 196)

Es decir, entonces que la saturación en los sistemas judiciales en materia del Derecho Familiar no es únicamente una problemática que tiene la legislación ecuatoriana, sino que varias legislaciones tal como la española y la chilena, las cuales han sufrido; pese a que se ha tomado sus medidas, lamentablemente estas no dejan de tener un cierto congestionamiento en su sistema procesal judicial.

Ahora bien, el presente trabajo pretende abordar la necesidad de la mediación prejudicial, la cual como veremos, consiste en un procedimiento antes de llegar a un proceso judicial pleno, también llamado mediación extrajudicial, la cual pretende estar fuera del proceso judicial, pese a que en la normativa ecuatoriana se encuentra establecida la mediación extrajudicial, la cual es llamada conciliación.

Por otro lado, es necesario recalcar que lamentablemente en Ecuador, mencionan Cárdenas Yáñez, et al (2020) en su artículo: La familia en Ecuador: Un enfoque desde lo jurídico, que la legislación que versa sobre los procesos judiciales en materia del Derecho de familia se encuentra dispersa, lo cual no ayuda a una celeridad procesal, como sí lo tiene otras legislaciones como la legislación Nicaragüense, que cuenta con un Código en el cual se encuentran recogidas todas las normas que tienen que ver con la familia, permitiendo así que los abogados puedan desarrollar mejor los litigios que versan sobre ella (PP. 129-146).

Además, en la legislación nicaragüense, se tiene como obligatoria la mediación, llamada en este cuerpo normativo, de igual forma que en Ecuador, conciliación, la cual señala que puede ser de manera extrajudicial o bien prejudicial, figura que tiene carácter de obligatoriedad, de la cual los jueces se encargarán de cumplir, buscando cuidar los intereses de la familia. (Ley 870, Código de familia de Nicaragua, 2014).

En el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador (COGEP, 2021) la conciliación, es una forma extraordinaria de concluir cualquier proceso, además de la figura de la transacción, así pues, lo señala el artículo 233 de este cuerpo normativo, en el que menciona que la conciliación es una oportunidad que las partes tienen para que en cualquier estado o momento del proceso puedan recurrir a esta figura jurídica.

Cabe entonces aclarar que, la figura de la conciliación, es pues donde un tercero, llamado conciliador puede proponer alguna solución al conflicto, en cambio en la mediación, la figura del mediador es un facilitador que ayuda a las partes para que puedan tener una buena comunicación, sin que este proponga alguna solución. Actualmente, se está viendo la necesidad de dar a conocer aún más los métodos alternos de resolución de conflicto los

cuales no solo son la mediación y el arbitraje, sino también la negociación, la conciliación, etc. los cuales incluso a nivel internacional están cada vez adquiriendo mayor fuerza, pues estos métodos, contribuyen a la promoción de un diálogo de paz, pues buscan facilitar la comunicación entre partes, la búsqueda de soluciones comunes, y la reducción de la hostilidad entre varios actores.

De todo lo antes mencionado, podemos decir que la mediación es una figura jurídica poco conocida aún y a la que muy pocos recurren, pues quizás temen en que haya mayores costos al recurrir a esta figura o que la mediación no tenga la fuerza suficiente que tiene una sentencia al obligar por ejemplo al pago de una pensión alimenticia; lo cual está muy lejos de la verdad y la realidad, pues la mediación, así como la conciliación poseen un elemento jurídico denominado *acta*, la cual tiene también una fuerza de ley.

## Capítulo uno

### Generalidades de la figura de la mediación

#### 1.1 Definición de Mediación

La definición de la mediación es abundante en las legislaciones y en la ciencia del Derecho, siendo la más común la que indica que es un medio o método alternativo de solución de un conflicto o controversias, ya sea que estas posean o no una connotación legal. Además, se debe tener en cuenta que en la mediación los sujetos o las partes acuden de manera voluntaria, en donde un tercero ayuda a encontrar la solución de dicho conflicto o controversia.

González Morales (2018, P 12) dice que la definición más concreta y simple puede ser: “la intervención de un tercero para ayudar a que dos o más partes puedan mejorar su relación y gestionar mejor sus conflictos.” Definición a la que considero muy escueta y con la que no estoy muy de acuerdo, puesto que, aunque la mediación no es exclusiva del Derecho, me parece que esta no puede mejorar ninguna relación, sino que está para encontrar una solución alterna, en donde un tercero interviene para poder ayudar, eso sí, de la mejor manera para la gestión de los conflictos de las partes.

Ahora bien, la ley de arbitraje y mediación de Ecuador que rige desde el año 2006, siendo su última modificación en el año 2015, señala en su artículo 43 que: “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.

En otras palabras, podemos decir que la mediación es un proceso, más que un medio, puesto que tiene varios requisitos, siendo uno de estos el que haya un tercero que ayude a la solución del conflicto o ponerle fin a este, entre varias partes, quienes deben acudir de forma voluntaria y así procuran dejar un acuerdo para que este surta los efectos, para lo cual, debe ser voluntario.

Y, para llevar a cabo este proceso del que antes hablábamos existen diversidad de situaciones que hace que la mediación tenga varios géneros o tipos, los cuales

dependiendo de su naturaleza jurídica será judiciales o extrajudiciales, aunque la figura de la mediación por su naturaleza es extrajudicial, es decir que debe realizarse antes o previamente a un juicio.

En esta misma línea, Reyes Zambrano señala en su tesis de grado sobre la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito judicial que, la mediación es un proceso conciliatorio cuyo resultado constituye el de la experiencia concluyente aplicado en la mediación, es un procedimiento que llega más rápido a la solución que cualquier proceso judicial. (Reyes, Zambrano, A. J., 2019)

Podemos observar, entonces que la mediación desde su definición aporta mucho al ámbito jurídico, dando un sin número de ventajas o beneficios, siendo una de ellas el cumplimiento de forma evidente, podemos decir y eficaz del principio de celeridad procesal, para ello entonces, conozcamos la naturaleza de esta figura jurídica.

Continuando con Reyes Zambrano dirá que la naturaleza jurídica de la mediación consiste en lograr que las partes involucradas lleguen a un acuerdo amistoso y satisfactorio que concluya en la suscripción de un acta que pueda ser ejecutada por estar debidamente sustentada, lo que conlleva a deducir que la mediación no tiene una naturaleza jurisdiccional, sino que es un sistema alternativo para resolver conflictos. (Reyes, Zambrano, A. J., 2019. p15).

De lo antes dicho nos permite esbozar que la naturaleza jurídica de la mediación, no pretende ser jurisdiccional, pero que tiene ciertas solemnidades, vamos a decirlo así, como el hecho de la suscripción de un acta, en la cual se debe recoger la voluntad de las partes, lo que demuestra la alternación a un sistema de resolución conflictos, lejos de un proceso o procedimiento judicial.

En este sentido podemos decir al igual que Mangelsdorff Corbalán, I. K. (2017) que en efecto la mediación se sustenta sobre la base de la participación directa y de la potenciación de los recursos personales que tengan las partes, quienes definirán libremente los caminos a seguir. En este contexto, el mediador será quien mediante su actuación conduzca y apoye a las partes en este proceso de búsqueda de acuerdos, facilitando el

diálogo constructivo y creativo. El carácter imparcial del mediador se traduce en que este debe cuidar que su intervención carezca de favoritismos o prejuicios frente a los participantes o las partes, para que se logre de esta manera un equilibrio en la interacción de cada uno de ellos y de él mismo. Para esto es necesario, sin duda la voluntariedad y la colaboración de las personas en el acto de mediación.

### **1.1.1 Tipos de Mediación**

La mediación, entonces al ser un proceso que posee muchas variantes, va a conllevar a que existan varias formas o tipos de mediación, otros autores le llamarán modelos, los cuales dependerán sobre todo por la materia del conflicto, la forma en cómo se puede resolver el conflicto, sobre todo hoy en día que estamos en una era digital.

En esta misma línea González Morales M. D. M. & Aguilar, J. L. (2018) señalan que hay tres tipos de modelo de mediación, los cuales son el modelo tradicional o lineal de Harvard, el transformativo de Bush y Folger y el modelo circular-narrativo de Sara Cobb. Ahora bien, en qué consisten estos modelos, pues bien, el primero se refiere a que hay una comunicación lineal de comunicación y escucha, haciendo que el mediador facilite un correcto diálogo entre las partes, no se toma en cuenta el contexto, ni el pasado del conflicto, se prioriza el factor relacional.

En cambio el modelo transformativo se centra en la parte relacional, incorporando la causalidad circular, por tanto busca la modificación de la relación entre las partes, buscando además la responsabilidad de las partes en sus acciones, por último el modelo circular, el cual consiste en que la comunicación, tanto analógica como digital sigan los preceptos de la causalidad circular, en donde el mediador cuenta la historia de las partes de manera alternativa permitiendo ver el problema desde otro ángulo a las partes. (González Morales, 2018).

Ahora bien, dentro de los principios que como sabemos son: el de la confidencialidad, la voluntariedad de las partes, la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, González Morales M. D. M. & Aguilar, J. L. (2018) señala que los

principios, que además son del Derecho, nos permiten decir que la mediación puede estar dentro de un ámbito judicial o no.

En este sentido, algunos autores señalan que la mediación puede ser tanto antes de iniciar un proceso judicial, es decir no habiéndose dado inicio a este, a como también puede ser al inicio de un proceso judicial o bien, durante el proceso judicial, por tanto, la mediación dependiendo de lo antes dicho, puede ser de tipo extrajudicial o extrajudicial.

Vladimir, S. et al (2023) en efecto dirán que la mediación es uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos, establecidos como bien sabemos en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190, siendo este método el más utilizado para resolver de manera rápida un litigio, como también lo señalaba con antelación en la presente investigación, por ello se hablará de tanto de mediación extrajudicial como intrajudicial, en donde la primera consistirá en que la parte interesada que lo requiera, de manera voluntaria podrá acudir a un centro de mediación debidamente calificada conforme ley y la segunda consistirá cuando, de igual una de las partes haya presentado una demanda y el operador de justicia debidamente facultado por la carta magna ecuatoriana sugiere o ayuda a las partes a llegar a un acuerdo antes de continuar con el debido proceso judicial.

Ahora bien, en cuanto a la mediación, en el ámbito que nos ocupa en esta investigación, que es en el Derecho de familia, Souto Galván, E. (2013, p.37) dirá que la mediación familiar, en efecto la clasificación o distinción por excelencia, es la de extrajudicial o intrajudicial, en donde define a la mediación extrajudicial como aquella que se lleva a cabo al margen del proceso judicial, es decir que está completamente por fuera de un proceso judicial.

**1.1.1.1Extrajudicial.** En este subtipo, podríamos decir, que son aquellos tipos de métodos alternos de resolución de conflictos, que como bien lo hemos dicho con antelación, permiten a las partes concluir un conflicto, claro está, previo a un proceso judicial y estos pueden ser tanto la negociación como la mediación, la conciliación y el arbitraje. No obstante, tanto la mediación como la conciliación también pueden ser intrajudicial, de la cual se hablará más adelante.

Ahora bien, recordemos que extrajudicial se refiere a que esta fuera del ámbito judicial, así lo indica la Real Academia Española o la RAE (2023) al indicar que es un prefijo derivado del latín, el cual significa o quiere decir “fuera de” o “además de”, este prefijo junto con la palabra judicial significa fuera del ámbito judicial. También, podríamos decir que este subtipo de mediación se la podría llamar mediación prejudicial y; es que queramos o no la mediación extrajudicial, aunque no está dentro de un proceso judicial, ayuda o coadyuva a llevar un determinado caso a una instancia judicial, por lo que podemos decir que también sería válido el llamarla prejudicial, aunque no sea muy común o se utilice este nombre. De igual manera Criollo Mayorga, G. (2016) en su libro sobre Teoría y Práctica de mediación y conciliación, llamará a este tipo de mediación como extraprocesal, entendiendo que no hay un proceso, entiéndase a este como judicial, no obstante, me atrevo a discrepar con este autor, ya que la mediación puede ser un proceso administrativo.

Di Pietro (2019), en cambio dirá que esta mediación se la puede reconocer como: “aquella mediación realizada en ámbitos que están fuera del sistema judicial. En estas mediaciones los involucrados no tienen interés en una solución con basamento legal” (p. 5).

Ahora bien, es interesante saber que el arbitraje, podríamos decir que es una figura extrajudicial que además es un método alternativo de resolución de conflicto, a diferencia de la mediación y la negociación, no permite acudir a una vía judicial, es decir que un arbitraje jamás podrá ser intrajudicial como veremos más adelante, como sí se puede en el caso de la mediación. Y es que, en el arbitraje en caso de incumplimiento de los acuerdos, aunque no es un proceso judicial, tiene su propio procedimiento que concluye con un laudo arbitral el cual no es susceptible de ningún recurso, lo cual se estipula en la Ley de arbitraje y

mediación del Ecuador en su artículo 30 cuando habla de la inapelación de los laudos arbitrales.

En este sentido Souto Galván, E. (2013, p.38) dirá también que: “la mayoría de las leyes autonómicas vigentes en España definen la mediación familiar como un proceso extrajudicial de resolución de conflictos. “No obstante, en la práctica la mediación extrajudicial, es aquella que está fuera de un juicio o un proceso judicial, la cual no siempre está regulada de forma expresa como sí lo está la mediación intrajudicial.

Cabe mencionar que la ley de arbitraje y mediación de Ecuador (2015) señala en su artículo 55 que: “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.

**1.1.1.2 Intrajudicial.** Por otro lado, si ya hemos dicho que extra viene del latín que quiera decir fuera de, intra, en cambio quiere decir lo contrario, así pues, la RAE (2023) señala que intra proviene del latín y que es un sufijo que quiere decir “dentro de”, “en el interior”. Unida a este prefijo la palabra judicial, quiere decir dentro del proceso o ámbito judicial. Es decir que hay formas extraordinarias de concluir un proceso judicial que no precisa de la sentencia judicial.

El Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, COGEP (2021) en su artículo 233 señala que las formas extraordinarias de conclusión del Proceso son la conciliación y la transacción. Y continúa diciendo en los artículos subsiguientes que: Ambas se pueden pedir al juez en cualquier momento del proceso judicial, siempre y cuando sea antes de la emisión de una sentencia, pues esta figura es la que concluye todo proceso judicial. También es importante señalar que será fundamental la voluntariedad de las partes.

Otros autores como Criollo Mayorga, G. (2016) en su libro sobre Teoría y Práctica de mediación y conciliación, llamarán a este tipo de mediación como intraprocesal, por estar dentro de un proceso judicial, como ya hemos señalado en líneas anteriores. En esta misma línea Guaicha Saetama, G. E. (2022) indica que:

“Dentro de la vía judicial existe la posibilidad de que las causas sean solucionadas por medios más céleres, siempre que exista el consentimiento de ambas partes. En este sentido existe la mediación intrajudicial, para cuando ya se ha iniciado un proceso judicial, el Juzgador, lo remite hacia un centro de mediación, como es el caso del Ecuador, a los Centros de Mediación de la Función Judicial, lo cual se lo hará de oficio o a petición de una de las partes.” (p.11)

Es decir que, iniciado un proceso judicial, el juez o juzgador puede sugerir o remitir a las partes a un proceso alternativo de resolución de conflictos, lo cual se convierte en facultativo, por lo que el juez puede o no sugerir a las partes la conciliación, de igual para las partes procesales, se convierte en facultativo al decirle o no al juez el querer realizar una mediación o un arreglo entre las partes, del cual el juez es y se convierte en el tercero mediador o conciliador. No obstante, todo esto discrepa en cierta medida con lo que establece la ley de arbitraje y mediación de Ecuador al considerar a la conciliación como una mediación extrajudicial, y además, me atrevo a decir que se contrapone con lo señalado anteriormente con el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, al mencionar que una forma extraordinaria de conclusión de un proceso es la conciliación y transacción, y es que al hablar de conclusión, debemos entender como el final de un proceso, es decir que ya existe un proceso judicial, presupuesto o requisito indispensable o sine qua non para considerar una mediación o conciliación intrajudicial, donde además también existe este tercero o conciliador que sería el juez o juzgador.

Adicional a esto podemos ver en la mencionada ley de arbitraje y mediación ecuatoriana que: “Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación”. (Artículo 47, 2015).

## **1.2 La figura de la conciliación en el Derecho de familia**

La conciliación como bien hemos venido hablando es un método alternativo de solución de conflictos, y en las familias siempre surgen muchos conflictos, los cuales pueden ser solucionados de manera responsable y de una forma madura. Souto Galván (2013)

continuará diciendo en su libro sobre la mediación familiar que en los procesos de familia se debe impulsar un cambio cultural sobre todo en los operadores jurídicos que intervienen en estos procesos, ya sean abogados o jueces para que estos sean pacificadores de los conflictos familiares para superar concepciones que impliquen una especie o cierta culpabilidad.

En Nicaragua culturalmente viendo esta necesidad, el código de familia de este país estipula la conciliación de una manera amplia, en la cual se da la alternativa a las partes procesales a que puedan acudir a esta forma de resolución de conflicto ya sea por vía jurisdiccional o por la vía administrativa, es decir como bien explicaba antes extrajudicial o intrajudicialmente. Esto se puede ver claramente en sus artículos 433 y 434, donde el artículo 433 de la ley 870 del Código de familia de Nicaragua (2017) indica:

“Conciliación en los procesos de familia. En los procesos familiares se instrumenta, al menos, una etapa conciliadora. Cualquiera que sea el régimen, debe responder a las siguientes pautas:

a) Si acaece ante un órgano no jurisdiccional, las actuaciones tendrán carácter reservado y los sujetos pueden o no actuar con representación de abogado o abogada. Las personas interesadas, podrán someter a conciliación los asuntos que tengan pendientes para llegar a un acuerdo, directamente ante los conciliadores del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez, sin perjuicio de hacer valer su derecho en la vía judicial; en la que también se franquea la oportunidad de conciliar intereses, en las audiencias de Ley.

b) Si es ante órgano jurisdiccional, el juez o jueza actuará como asesor y orientador, intentado la conciliación, procediendo de la manera más conveniente al interés familiar, y al de los intervinientes, conforme le ordena la vigente Ley Orgánica del Poder judicial. Será necesaria para las partes hacerse representar por abogado o abogada. “

Aquí podemos ver cómo es común en los países centroamericanos los conflictos que se pueden derivar en materia de familia, los cuales perfectamente pueden ser

susceptibles de mediación, los cuales es necesario que se haga mediación por el bienestar sobre todo por el bienestar psicológico de los menores de edad.

González Morales M. D. M. & Aguilar, J. L. (2018) Señalarán que (L. Schvarstein, 1998: 34) la mediación más allá de resolver conflictos, esta figura posee un gran potencial educativo, pues quienes han pasado por este proceso, no sólo tienen la oportunidad de resolver sus disputas sino también, que aprenden a ponderar mejor sus propias necesidades y las de los demás, mejorando sus comunicaciones con los otros, incorporando reglas básicas de convivencia. A esto me refiero con la importancia que debe tener la figura de la mediación antes de llegar a un proceso judicial que está muy lejos de educar a las partes, puesto que los juicios no pretenden ser educativos, al menos no en la vida moral o cotidiana, quizás sí en el Derecho, en un ámbito educativo les servirá a algunos cuantos, que por lo general son abogados o jueces o personas que estén involucrados en el mundo del Derecho, pero al resto de personas no necesariamente.

Es necesario, antes de continuar, detenernos aquí, para comprender mejor lo que implica en el derecho de familia, las figuras de métodos alternos de resolución de conflicto, y cómo algunas legislaciones han optado por implementar estas figuras de manera taxativa u obligatoria; como es el caso de la conciliación, figura jurídica que como ya hemos explicado, se da durante o al iniciar cualquier proceso judicial.

Pues Acedo Penco, Á. (p. 26, 2013) en sus propias palabras señala:

Podría pensarse, en buena lógica, que las relaciones que se desenvuelven en un ámbito tan cerrado, estrictamente privado y personal como el de la familia, no precisa de ninguna regulación jurídica por parte del legislador, sin embargo, antes al contrario, debido a la importancia de los intereses que en ella se ventilan, en especial de las personas más necesitadas de protección, así como al decisivo papel que desempeña la familia –cualquiera que sea su forma o modalidad– en toda estructura social moderna, justifican sobradamente que el Derecho se preocupe por prever soluciones a los problemas que se plantean.

Por tanto, fácilmente se puede comprender de lo antes mencionado, que en efecto las personas menores, desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, así como con los incapaces de cualquier edad, al igual que los tutelados o adoptados, deben obtener la necesaria protección jurídica en el Derecho de familia.

En esta misma línea como ya hemos venido mencionando, en Ecuador, la ley de arbitraje y mediación considera a la conciliación como una figura de mediación extrajudicial, lo cual lo deja claro en los siguientes artículos al decir: “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 “y “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.” (Artículo 43 y 55, 2015).

Así también, en Chile existe una página web que señala la obligatoriedad de la mediación en el Derecho de familia, pero específicamente en temas como el de una demanda judicial, pues los participantes están obligados a intentar una mediación previa y obligatoria, pudiendo abordar una o todas las materias de interés de las partes. Ahora bien, tanto la asistencia como el alcanzar un acuerdo, es voluntario para los participantes.

Las materias que de forma obligatoria deben ser sometidas antes de ir a juicio ante el Tribunal de Familia en Chile son: Pensión de alimentos, Relación directa y regular o conocido también como las visitas de los padres a los hijos, cuidado personal o sus modificaciones. Lo interesante de esto es que esta página señala que para realizar un proceso judicial necesitan llevar la comprobación de haber intentado o haber realizado la mediación. Esto se puede verificar en la ley número 19.968 que crea los tribunales de familia que habla de la mediación familiar obligatoria antes de cualquier proceso judicial.

Esta posición de Chile es la que pretende ser la propuesta en esta investigación jurídica, puesto que en efecto no todos los conflictos en el Derecho de familia pueden ser tratados en una mediación previa obligatoria. Cabe señalar que, en Ecuador como bien

señala Cárdenas Yáñez, et al (2020) las leyes que versan sobre la familia no están en un solo cuerpo normativo, sino que están dispersas, cuestión criticable de Ecuador, puesto que en mi opinión las leyes de familia si fueran establecidas en un solo código tal como las leyes penales, civiles, administrativo, tributario, etc. Ayudaría a que este Derecho de familia que es novedoso, tuviera su lugar y su realce, el cual hoy en día, y en la actualidad es muy importante, y es por ello que muchos países han empezado a darle al Derecho de familia su realce mediante códigos o leyes orgánicas o específicas para los conflictos que se puedan suscitar en este tipo de derecho.

### **1.3 Antecedentes históricos de la conciliación**

Ahora bien, la conciliación no es ninguna novedad en estos tiempos, aunque se está hablando mucho últimamente de esta figura, así pues, Guzmán Barrón, C. (2024) señala que históricamente la figura de la conciliación, en la antigua China era el principal recurso para resolver desavenencias, pues ya el reconocido y gran famoso filósofo de esta civilización, Confucio, decía que la resolución óptima de una desavenencia lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. Este filósofo, continúa diciendo Guzmán Barrón hablaba de la existencia de una armonía natural que debía predominar en las relaciones humanas, la cual que no debía interrumpirse. Actualmente, la conciliación se sigue ejerciendo a gran escala en la China. Continuando con los antecedentes históricos de la conciliación, Guzmán Barrón, C. también dirá que:

“Durante siglos la Iglesia ha desempeñado un papel de conciliadora, trátase del párroco, el ministro o el rabí. La Biblia afirma que Jesús es un mediador entre Dios y el hombre, así leemos en Timoteo 2, 5-6 «porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres». Es más, cuando Pablo se dirige a la comunidad en Corinto les pide que no resuelvan sus desavenencias en el Tribunal, sino que nombren a personas de su propia comunidad para conciliar (1 Cor. 6, 1-4). Con la aparición en la Edad Moderna de los nuevos Estados los conciliadores asumen el papel de intermediarios formales”. (p. 69)

Como podemos ver, esta figura de la conciliación o de la mediación ha estado presente desde tiempos atrás, y no podemos olvidar o dejar de tener en cuenta que tienen su origen desde Roma, como muchas otras instituciones o figuras jurídicas; y es que no podemos negar que, en el Derecho, la fuente principal ha sido Roma.

Amador Díaz, R. E (2015) en su reseña histórica sobre la conciliación en la historia menciona en efecto que la conciliación fue una figura que se ve desde la edad antigua con las civilizaciones de Grecia, Roma y Mesopotamia; posterior a ello en la edad media esta figura de la mediación se ve en países como España, China, Japón, África, Palestina e Inglaterra. Pasando luego a la edad moderna a las ciudades como Francia, México, Colombia para luego ver en la edad contemporánea en más países de Europa y América Latina.

Ahora bien, esto no quiere decir que únicamente en estos países a lo largo de la historia no estuvo presente la conciliación, sino que los países antes mencionados fueron los que primeramente desarrollaron esta figura y que además tuvieron una gran influencia para que fueran implementados en otros países o continentes, como se ha podido observar con el pasar de los años.

Pues bien, en la edad media, especialmente en España dirá Amador Díaz, R. E (2015):

El Fuero Juzgo al que alude Vado (2002) también se refiere a la participación de terceros en el proceso conciliatorio, llamados por las partes como los “hombres buenos”; sin embargo, no es claro que cumplieran funciones sustanciales de ayuda al prior (superior de algunas comunidades religiosas) o a los Cónsules elegidos por los reyes, para que procuraran los acuerdos, en los ámbitos judicial o extrajudicial.

Posteriormente en el año de 1737, en las Ordenanzas de Bilbao, prácticamente se establece la obligatoriedad de acudir a la Conciliación al exigir que “no se tramite juicio alguno antes de que los cónsules llamen a los interesados y propongan una transacción entre los mismos, y hagan lo posible para que esa transacción sea

aceptada.” En el caso de las Ordenanzas de Sevilla, Burgos y Bilbao, es claro que se realizaba una Conciliación previa a la admisión de la demanda.

Para el año de 1766 en las Nuevas Ordenanzas de Burgos se señala la obligatoriedad y el procedimiento es similar a las de Bilbao, aunque no se indica si las partes pueden ser “habidas” o no. Más tarde, en 1784 en las Nuevas Ordenanzas de Sevilla se establece el intento de Conciliación previo al proceso, podría decirse que, como un medio de evitar el litigio, al momento posterior a la diligencia de declaración de testigos, y obviamente antes de la sentencia. (p. 17)

Podemos esbozar de lo antes mencionado, que en Continúa diciendo Latina. En el contexto latinoamericano, la figura de la conciliación ha tenido una presencia importante en los Centros de Arbitraje, tal como lo afirma Vásquez (2012) “A principios de los años noventa, principalmente por la necesidad de modernizar los sistemas judiciales, constituirse en sedes arbitrales y/o proporcionar la seguridad jurídica requerida por los inversionistas extranjeros, se inició una reactivación de los denominados centros de arbitraje y Conciliación de las cámaras de comercio existentes en América Latina.

Continua, diciendo (Guzmán Barrón, C, 2024) que la diferencia de lo que implica la mediación frente a la conciliación que, a diferencia de un abogado ante una Corte o un proceso judicial, el mediador no busca, o al menos no debería tomar decisiones por las partes, sino que debe preferir escuchar, preguntar, sondear, intercambiar ideas en forma negativa y, a veces, provocar, desafiar y confrontar. En este sentido la mediación es una negociación asistida. El mediador es más que un amortiguador entre las partes. (p.70)

El valor de este procedimiento de la mediación está en que permite a dos o más adversarios examinar un problema tanto en privado como en reuniones conjuntas, con el objetivo de crear una solución en la que todos ganen, y que responda suficientemente a los intereses individuales (y comunes). Y les permite descartar otras salidas, como juicios o el recurso a la fuerza. (Guzmán Barrón, C., 2024)

Es necesario darnos cuenta, que en efecto la conciliación tienen al igual que la mediación los mismos principios y podríamos decir casi las mismas características, así

como también las ventajas o beneficios de un método alternativo de conflicto, sin embargo la característica esencial que se puede entrever es el de la figura de este tercero neutral en el que el conciliador sí sugiere e interviene más con las partes para que lleguen a un acuerdo, buscando como siempre el ganar de ambas partes, por lo que no se va a limitar solo a escuchar y conducir a las partes, sino más bien que va a ejercer una cierta coacción sobre las partes para que puedan centrar su conflicto en la resolución sobre bienes superiores a los de los intereses de las partes.

#### **1.4 Diferencias entre la mediación y la conciliación**

Aunque si bien es cierto, la mediación y la conciliación tienen mucha similitud y con frecuencia se las suelen confundir, la verdad es que ambas tienen particularidades y diferencias y aunque son pocas o pequeñas, es importante mencionarlas y poder diferenciarlas.

Así pues, empezando por la mediación, la cual, como se ha dicho antes, implica a un tercero neutral, y se la utiliza o se la suele utilizar más para resolver conflictos que implique una relación de ambas partes, además de que la figura del tercero debe ser neutral y no puede ni debe sugerir soluciones al conflicto, sino únicamente puede hacer que las partes lleguen a un acuerdo, en donde prima por completo la voluntad de las partes.

La conciliación en cambio, está muy ligada con el ámbito judicial, por lo que el tercero neutral por lo general tiene que ser una autoridad sobre las partes, pudiendo ser el juez el cual se convierte en este tercero neutral de una conciliación, por lo que sí puede y suele haber propuestas de solución al conflicto por parte del juez, o de este tercero, que como bien he dicho, debe ser una autoridad, que, aunque debe jugar un papel neutral, lo cierto es que esta neutralidad puede viciarse. Esto lo podemos ver en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2021) cuando se habla de la audiencia preliminar y señala:

4. La o el juzgador, de manera obligatoria, promoverá la conciliación conforme a la ley. De darse la conciliación total, será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. (Art. 294)

Además, aunque las partes de manera voluntaria realizan la conciliación, lo cierto es que hay una cierta coacción para la realización de este método alternativo de resolución de conflicto, pues al ser intrajudicial o vía judicial y/o administrativa, las partes en cualquier momento del juicio pueden acudir a ella, de manera voluntaria, por lo que sí se puede ver esa voluntariedad de las partes. Esto también lo señala el Código Orgánico General de Procesos (2021) que indica que: “Las partes podrán conciliar en cualquier estado de proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar” (Art. 233).

Souto Galván, E. (2013, p. 34) dirá que: “la mediación familiar no es, o lo que es lo mismo, comparándola con otros métodos de resolución de conflictos como, por ejemplo, la negociación o la conciliación e incluso el arbitraje, el cual está más alejado de la mediación que las otras dos figuras por tratarse de un método impositivo y no realmente consensuado”. Cuestión que es importante señalar, ya que a diferencia de lo que dice esta autora sobre que no es lo mismo la mediación que la conciliación, la negociación y el arbitraje, la legislación ecuatoriana, la nicaragüense entre otras, señalan que en cuanto a la mediación familiar será lo mismo que decir o referirse a la conciliación, así pues lo deja claro la Ley de arbitraje y mediación de Ecuador (2015) en su artículo 55 que dice: 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. Sin embargo, sí existen autores que no ven necesaria hacer esta diferenciación, sino que únicamente en el ámbito del Derecho se ve la necesidad de hacer esta pequeña diferencia de estas figuras o métodos alternos de resolución de conflictos.

En esta misma línea Cabello Ayzama, C. & Ancieta Rodríguez E, C. (2020) señalan que:

A diferencia de la conciliación, donde el tercero neutral tiene mayor intervención en el proceso, pudiendo sugerir posibles soluciones al conflicto, para encaminar a las partes a un resultado que sea satisfactorio, siempre con base a las propuestas

efectuadas por los individuos involucrados; en la mediación se tiene menor intervención del tercero neutral denominado mediador o mediadores, el cual se limita a viabilizar el proceso comunicativo entre las partes, para que estas de mutuo acuerdo encuentren una solución a la controversia.

Por tanto, la diferencia fundamental entre la mediación y conciliación es el papel que juega el tercero neutral, en donde este en la mediación su intervención es la más mínima buscando que las partes por sí solas encuentren la solución entre ellas, en cambio en la conciliación el tercero tiene una mayor intervención, ayudando a las partes a llegar a un acuerdo, y en donde este tercero tiene una cierta autoridad sobre las partes; Cabe señalar que voluntariedad de las partes y lo facultativo que es el acudir a estos medios alternos de resolución de conflictos, no se ve vulnerado o adulterado, ya que no se ve la obligatoriedad de las partes en la aceptación de un acuerdo, pues aquí es donde radica esa facultad y voluntariedad de las partes y no en acudir o no a una mediación o conciliación.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2021) señala muy claramente que las formas extraordinarias de terminación de un proceso judicial son mediante la conciliación, sin mencionar la palabra mediación, explicando además el procedimiento que se debe realizar para llevar a cabo esta conciliación: “La conciliación se realizará en audiencia ante la o el juzgador conforme a las siguientes reglas:

1. Si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio.
  2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo.
  3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo.”
- (Artículo 234).

Finalmente, coincidimos con (Reyes Zambrano, A. J., 2019) que la diferencia entre la conciliación y la mediación radica en el nivel de intervención que tiene el profesional durante este proceso de negociación pues, como bien se ha señalado con antelación en los procesos de mediación no hay una intervención directa, en este caso del mediador o el tercero neutral, si no que únicamente este propone alternativas de solución y las partes pueden realizar reformas a estas propuestas de alternativas, que estén acorde o sean más factibles o favorables a sus entornos, permitiendo que el proceso sea más factible para los involucrados, debido a que se cambian las alternativas hasta que se encuentra una solución que pueda satisfacer a ambas partes.

Continúa diciendo Reyes Zambrano, que ahora en cambio, en los procesos de conciliación este experto a cargo de la conciliación, al cual se le puede llamar conciliador, que de igual manera es un tercero, que facilitará a los involucrados la solución que considere más adecuada, sin embargo dicha propuesta, aunque sea muy buena, no surge como iniciativa de las partes, por tanto es probable que no resuelva de manera global el conflicto a tratarse, ya que puede existir un sesgo oculto en todo el proceso de negociación, por el aspecto emocional que solo es conocido por la parte afectada.

Cabe señalar y recalcar que, si bien es cierto, la conciliación únicamente tiene esta diferencia con la mediación, es necesario recalcar la implicación que tienen estas figuras en el ámbito judicial, ya que será necesario hablar de mediación cuando no se está dentro de un proceso judicial y de la conciliación cuando sí se está dentro o se ha iniciado un proceso judicial. Empero, ambas figuras son importantes y muy necesarias, por tanto, no es que una deba prevalecer sobre la otra, pues ambas figuras son de mucha ayuda para el derecho familiar, así como también son necesarias para un descongestionamiento en cualquier sistema judicial.

## Capítulo dos

### La figura del Mediador

#### 2.1 Tipos de Mediadores

Según Souto Galván, E. (2013, p.29) en su libro sobre la Mediación familiar en España señala que: “La mediación no es un proceso tasado o cerrado, sino que se ha ido desarrollando como una práctica, y, como en toda práctica se ha gestado a lo largo del tiempo distintas corrientes que, comúnmente, los autores han dividido en tres grandes grupos de los que surgen diversas definiciones de mediación familiar.” Esos modelos, como le llamará Souto, surgieron según sus autores de acuerdo a la práctica, el primero de ellos es el Modelo Transformativo de Bush y Folger en el año 1994, otro modelo es el tradicional-lineal, o también llamado Harvard de Fisher y Ury en el año 1989 y el modelo Circular-narrativo de Sara Cobb del año 1990.

El mediador o tipo de mediador será por tanto, o dependerá del modelo que quiera aplicar y también en razón de la materia, puesto que la mediación al ser un método alternativo de resolución de conflicto como hemos dicho con antelación, se puede utilizar o aplicar a muchos campos, o ámbitos no solo del Derecho, sino en la cotidianidad o en la sociedad, por ello es que existe una amplia libertad para que los mediadores en las sesiones con las partes, lo puedan efectuar en forma conjunta o por separado, con las partes u otros mediadores, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de las partes.

Criollo Mayorga, G. (2016, p. 46). Continuará diciendo en su libro sobre la Teoría y práctica de mediación y conciliación que los diferentes tipos de mediación pueden ser: familiar, laboral, civil, vecinal, escolar. Y es que los conflictos se pueden presentar tanto en familias como en situaciones laborales, por lo que al acudir a resolver un conflicto a través de la mediación se debe tener en cuenta la materia sobre la que se quiere mediar un conflicto y dependiendo de la materia serán los requisitos para un tipo o un determinado mediador, sin embargo estos mediadores o terceros que sabemos que deben ser neutrales deberían o más bien deben tener en común que sean profesionales, sobre todo en la materia sobre la que serán mediadores, por tanto no necesariamente tendrían que ser

abogados, pero sí al menos conocedores del Derecho, es decir saber a manera general sobre leyes básicas de la mediación y de la materia sobre la que versa el conflicto.

Los mediadores que son un tercero neutral profesional del área, que busca conseguir que dos o más personas de forma voluntaria lleguen a un acuerdo pacífico a través de una sesión o un número de sesiones. Por tanto, la mediación no podemos pretender que taxativamente debe terminar o va a terminar en una sesión, entendiendo sesión también como encuentro.

Así pues, existen variedad de especializaciones dentro de la mediación como: La mediación Familiar que involucra un conflicto familiar, el cual puede ser entre: parejas, hijos, padres, abuelos. El más conocido se da dentro del divorcio, el cual funge para ayudar en los procesos de separación y evitar terminar con un caso judicial. Es muy recomendable acudir a una mediación sobre todo cuando se ven implicado los hijos, así se busca resolver de la manera más pacífica para que no solo se logre un desenlace exitoso, sino una empatía y una buena comunicación.

También está la mediación escolar que consiste en obtener un ambiente escolar saludable, y como campaña “antibullying” se forma un sistema donde participen estudiantes, profesores y/o familias. Se prepara a un grupo de mediadores de la red para gestionar el conflicto. La mediación vecinal, por otro lado, que es otro tipo de mediación, consistirá en que, al existir un conflicto entre nuestra zona diaria puede causarnos fatiga y estrés, por ello el mediador funge como auxiliar del proceso ayudando a la resolución de este, restableciendo el respeto.

Tenemos por otro lado, la mediación laboral, la cual también es otra rama del derecho, y es que los conflictos que surgen dentro de las empresas a diarios donde la mediación sirve como un recurso para el departamento de Recursos Humanos, es muy notable como la mediación repercute favorablemente en el ambiente laboral, las condiciones de trabajo, la opinión expresada sobre inconformidades, actualizaciones, etc. mediante empleado – empleador.

De la misma manera, la mediación civil y mercantil, la cual también son ramas del derecho como el ámbito de la familia y es que los temas que versan en lo civil que van desde contratos y obligaciones civiles como hipotecas, compraventas, arrendamientos, testamentos, entre otros; el tema mercantil resuelve conflictos entre empresas, empresarios individuales, socios, accionistas, patentes y marcas, como una discrepancia en la ejecución de contrato, la confusión en la interpretación de términos, un acuerdo por incumplimientos en pagos, resultados no esperados.

## **2.2 Perfil del Mediador Familiar**

No cabe duda que, un mediador debe ser una persona que mínimo tenga una buena capacidad de comunicación, por ende, deberá tener habilidades como empatía, estrategias de resolución de conflictos, escucha, dominio de sí mismo, colaborativo, pensamiento crítico o analítico, flexibilidad, probidad, autocontrol, deseo de dar calidad o lo mejor con las demás personas, etc. Ahora bien, pareciera que esto fuera una idealización, pero no soy la única que considera que el perfil del mediador, sobre todo familiar debe ser así, ya que en la Universidad Católica de Temuco en Chile, publicó en un anexo, los requisitos para poder ser mediador en el Centro de mediación de esta universidad, destacando las siguientes cualidades: Empatía, estrategias de resolución de conflictos, comunicación, dominio técnico, colaboración, pensamiento analítico, flexibilidad, autocontrol, probidad y orientación a la calidad.

De igual forma coincidimos con el abogado Guaicha Saetama, G. E. (2022) quien señala en su investigación de posgrado denominada: Estudio sobre la factibilidad de la mediación prejudicial obligatoria en materia de familia, niñez y adolescencia y su beneficio de descongestión en el sistema procesal que dentro del perfil de un mediador debe destacar su sensibilidad, la cual implica la empatía o el saber ser empático con las situaciones adversas de las otras personas, o en este caso de las partes proporcionando fiabilidad a las partes, de que el lugar donde se encuentran es seguro, por tanto, el mediador debe presentarse como el auxiliador de ambas partes, quien escucha y guía, evitando caer en una actitud de superioridad ni de juzgamiento, sino, humildad y empatía, ya que, el objetivo

es de encontrar la verdad de los hechos controvertidos, que las partes las conozcan, se entiendan y resuelvan de forma conjunta.

Sin embargo, no podemos olvidar que en el contexto en el que estamos el cual es el país de Ecuador, estas cualidades pueden variar, así pues el abogado ecuatoriano y egresado de la Universidad Técnica Particular de Loja en su tesis de posgrado Guaicha, G (2023) señala que la persona que sirve en calidad de facilitador del diálogo, se lo denomina como mediador, quien ante las partes o ante quienes desean formar parte de un proceso de mediación, que están envueltas en una contienda, buscan solucionarlo con la ayuda de un profesional, quien está sujeto como agente que coadyuva en el desarrollo de justicia no tradicional, legalmente prevista, al cumplimiento de características necesarias para un eficiente ejercicio de sus funciones. En este sentido, el Centro de Mediación de la Función Judicial de Ecuador establece criterios relativamente generales pero obligatorios para poder hacerse del cargo de mediador y estos son: el Contar con un título de tercer nivel en Leyes, Psicología, Trabajo Social, Educación y áreas afines, debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), el estar certificado con al menos 80 horas de capacitación teórica en mediación y 40 horas de prácticas en mediación y el tener 4 años de experiencia laboral afines al cargo.

De igual forma es interesante ver que la Defensoría Pública de Ecuador publicó en su página web que los requisitos para poder ser parte del Centro de Mediación que ellos tienen a cargo, la persona o el candidato que busca ser mediador, deberá cumplir únicamente con los siguientes requisitos, primero, el tener conocimientos de Derecho y haber hecho 50 horas como mediador. Y esto sucede debido a que la ley de arbitraje y mediación no establece, como veremos en el siguiente capítulo, de forma taxativa cuál debe ser el perfil de un mediador, como sí lo tienen otras entidades en otros países, pues únicamente señala requisitos generales o mínimos para desempeñar esta función de mediador. No obstante, en esta norma se establece claramente que el mediador no puede ser testigo en procesos judiciales, lo cual me parece novedoso y muy acertado por parte de

los legisladores ecuatorianos, así pues, esto lo vemos en el artículo 49 de la ley de arbitraje y mediación (2015) que dice:

“Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además, por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.”

En este sentido, la sensibilidad implica la empatía hacia las situaciones adversas de las otras personas, proporcionando fiabilidad a las partes, de que el lugar donde se encuentran es seguro, por tanto, el mediador debe presentarse como el auxiliador de ambas partes, quien escucha y guía, evitando caer en una actitud de superioridad ni de juzgamiento, sino, humildad y empatía, ya que, el objetivo es de encontrar la verdad de los hechos controvertidos, que las partes las conozcan, se entiendan y resuelvan de forma conjunta.

Por tanto, siendo el mediador familiar una figura crucial para que tenga éxito o sea viable la obligatoriedad de la mediación en casos de derecho de familia este debe:

1. Tener imparcialidad y neutralidad: la cual consiste en que el mediador, como bien se indica debe ser imparcial y neutral, sin tomar partido por ninguna de las partes o bien se incline de un lado u otro, pues su objetivo fundamental debe ser el facilitar la comunicación y el entendimiento mutuo entre las partes en conflicto.

2. Debe ser facilitador de la comunicación: Esto quiere decir que el mediador debe crear un ambiente seguro y propicio para que las partes expresen sus puntos de vista y preocupaciones. Lo cual va implicar además el fomentar la escucha activa y la empatía entre los involucrados.

3. El saber Identificar los intereses y necesidades de las partes: Aquí el mediador debe ayudar a las partes a identificar sus intereses subyacentes y necesidades. Lo que

significa que debe ir más allá de las posiciones iniciales de las partes permitiéndoles a estas encontrar soluciones creativas.

4. Saber explorar las opciones para así poder generar alternativas que ofrecer a las partes: En este sentido el mediador debe ser una guía para las partes, buscando opciones para resolver el conflicto. Pudiendo sugerir alternativas y ayudar a evaluar las ventajas y desventajas.

5. Negociación y búsqueda de acuerdos: Aquí el mediador debe facilitar la negociación entre las partes, cuidando la voluntariedad de las partes, principio fundamental de la mediación, ayudando a las partes a dejar claro y por sentado el acuerdo entre ellos, cuidando, sobre todo todos los bienes jurídicos como el bien de los menores de edad, discapacitados o mayores de edad.

6. Confidencialidad: En este sentido, es necesario mencionar que el mediador mantiene la confidencialidad de las conversaciones y la información compartida durante el proceso pues fomenta la apertura y la honestidad entre las partes, en este sentido las partes y el mediador deben tener en cuenta el artículo 49 de la ley de arbitraje y mediación (2015) que señala lo siguiente:

Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además, por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

7. No toma decisiones: Aquí es muy importante que el mediador comprenda que no es un juez y no debe tomar poder de decisión o influenciar a las partes a tomar una decisión, sino que ya sea que haya acuerdo o no entre las partes se debe dejar por sentado en un Acta, la cual ayudará a que las partes, en caso de no haber acuerdo puedan acudir a la vía judicial, acta que ayudará al juzgador o juzgadora a ver posibles soluciones al juicio

conforme a la ley, pudiendo así ejercer su poder sobre las partes, la cual las mismas otorgan al juez o el tribunal.

### **2.3 Requisitos exigidos por la ley para ser mediador**

La autora Souto Galván, E. (2013, p. 25) en su libro de Mediación familiar insistirá y dirá que la figura del mediador, en las leyes españolas a manera de una especie de control de calidad para los mediadores no solamente en cuanto a su actuación, sino de algo previo a ello, se les exige no sólo la formación de los mismos como tales mediadores; sino que también tengan un código de ética o de conducta y la adhesión a los mismos por parte de los potenciales mediadores.

La Ley de arbitraje y mediación de Ecuador (2015) sin embargo, no señala de forma taxativa cuáles deben ser los requisitos para ser mediador, como lo señalamos previamente, pues veremos que los mediadores deben ser aprobados y estar adheridos a un centro de mediación, quienes establecerán los requisitos para poder ser adheridos a este centro de mediación, lo cual está establecido en el artículo 48 de la presente ley, el cual señala;

“La mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación”.

En esta misma línea la Defensoría pública del Ecuador para la apertura de sus centros de mediación estableció que los requisitos principales para ser mediador son: tener conocimientos de derecho y haber hecho cincuenta horas como mediador.

Podemos decir entonces que un mediador en Ecuador, únicamente necesitaría tener un título de tercer nivel, entiéndase este como un título universitario o a fin a este, tener

habilidades mínimas de comunicación y el cumplir con una cantidad de horas como mediador, o bien adherirse o adhiriéndose a un Centro de Mediación.

En este sentido es necesario recalcar como se podrá observar que el ser mediador, no requiere y no debería de requerir muchos requisitos, más que el de tener conocimientos bases o previos sobre los métodos alternos de resolución de conflictos, el haber tenido práctica, es decir haber hecho procesos de mediación o negociación en Centros de Mediación sobre todo, debidamente reconocidos a nivel jurídico, no obstante también debería de tomarse en cuenta las cualidades del mediador, lo cual ya es más en un nivel personal y psicológico ya que, aunque no se quiera se debe tener en cuenta el estado psicológico de la persona que pretende ser mediador, y esto debido a que si la persona no se encuentra estable emocionalmente, probablemente no cumpla con los principios de la mediación como son la neutralidad e imparcialidad.

### Capítulo tres

#### **La mediación prejudicial obligatoria en el derecho de familia como una forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano**

La mediación, entonces desempeña un papel fundamental en la resolución de cualquier conflicto, especialmente en el contexto de procesos judiciales, Vallejo Pérez (2019) en este sentido señala que la mediación es un complemento del proceso y la administración de Justicia, la cual es ejercida por jueces son servidores públicos, se convierte en un servicio público, lo que permite que las partes procesales tengan la posibilidad de solucionar un conflicto bajo la tutela de un mediador profesional. Esto permite que se garantice la calidad del sistema y se enriquezca el tradicional método judicial.

Continuando con Vallejo Pérez (2019), en su libro de la mediación familiar en el sistema jurídico español destaca que la presentación de una Guía para la práctica de la Mediación de forma intrajudicial, constituye una respuesta a dos exigencias: por un lado, la saturación de los juzgados que afecta a su eficiencia y, por otro lado, el derecho de los ciudadanos a un efectivo acceso a la justicia. (P. 196) Es decir, entonces que la saturación en los sistemas judiciales en materia del Derecho Familiar no es únicamente una problemática que tiene la legislación ecuatoriana, sino que varias legislaciones tal como la española ha sufrido y pese que ha tomado sus medidas no deja de tener un cierto congestionamiento en su sistema procesal judicial.

Así mismo, señala que, no solo se debería pensar en la mediación como una forma de descongestión del sistema, sino que también debería pensarse en que la mediación sea una de las medidas de apoyo e incentivo familiar, la difusión y la consolidación de la mediación deberían considerarse como una de las piezas esenciales para fomentar tanto la paz familiar como la paz social.

Además, señalan Cabello Ayzama, C. &Ancieta Rodríguez E, C. (2020) que: “Los litigios sobrecargan las labores de las autoridades judiciales, a razón del considerable número de causas que llegan a sus despachos, donde muchas de ellas podrían haber sido resueltos con facilidad y ser objeto de un acuerdo entre las partes. Es decir, que las

mediaciones sirven también para que los juzgadores puedan atender otros casos y ayudarles a ellos en sus cargas laborales.

Por otro lado, en esta investigación se ha podido observar la imperante necesidad del descongestionamiento del sistema judicial, ya que se conoce que existe una inconformidad de las personas por la falta de celeridad de los procesos judiciales, lo cual implica el estar incumpliendo con el principio de celeridad procesal, sin mencionar que la falta de celeridad de los procesos hace que se caiga en un amedrentamiento a la economía de las partes, infringiéndose así también en el principio de economía procesal, hablando a groso modo y no específicamente de los casos de familia, que es lo que nos acaece en esta investigación.

También, es necesario recalcar que el presente trabajo investigativo pretende ser un análisis de la necesidad procesal que se observa en el Código Orgánico General de Procesos de Ecuador en cuando al tratamiento de casos en el Derecho de familia, ya que como se puede ver a groso modo este código abarca muchos procedimientos, siendo excluido de esta normativa, los casos que versan sobre materia penal, pues sabemos que jurídicamente no se le puede dar un mismo trato al ser materias completamente diferentes que necesitan por lo tanto su propia normativa. En este sentido, varios autores señalan que en efecto la familia necesita tener sus normas de manera exclusiva.

Treviño Pizarro, M. C (2017) dirá que existen varios autores como: Antonio Cicú, Roberto Ruggiero, Julián Bonnecase y Julian Guitrón, quienes con su tesis sostienen las diversas características que justifican el hecho de la necesidad de la autonomía de la familia, también por el hecho de la necesidad de tener jueces especializados y normativas propias. Así mismo, el derecho familiar, señala este autor no se le puede incluir de manera exclusiva ni en el Derecho público ni en el Derecho privado, ya que si bien es cierto la familia al ser el pilar de la sociedad es un interés público, también tienen una privacidad como núcleo familiar, en donde prevalecen bienes jurídicos como el interés superior del niños, la institución del matrimonio, entre otros, por lo cual podemos ver que en Ecuador

cuando vemos que existen unidades judiciales especializadas en la familia, mujer, niñez y adolescencia.

Continúa diciendo Treviño Pizarro, M. C (2017) que: “Para el derecho familiar existe no un interés general, sino un interés superior del núcleo familiar, sobre todo, de aquellos integrantes indefensos de la familia.” Por tanto, estamos hablando ya no sólo de niños, sino de aquellos que tienen alguna discapacidad o su capacidad autonómica ha venido en detrimento por la edad, los años.

Ahora bien, es necesario señalar cómo se debe hacer la mediación para que se pueda cumplir con lo antes señalado y se produzcan los efectos de esta figura, pues de lo contrario no estaríamos ahorrando nada y mucho menos descongestionando el sistema judicial, sino más bien, generando un entorpecimiento de este, llevándonos a una transgresión. Para ello será necesario ver las normativas establecidas en el país que regulan y han venido permitiendo estos métodos alternos de resolución de conflictos para que así se puedan dar una respuesta no tan sólida como se espera, en los procesos de Ecuador, pero que sí dan una respuesta y una ayuda a los casos concretos que buscan esta justicia alternativa.

### **3.1 Los procesos de mediación y conciliación en Ecuador**

Pues bien, como hemos venido mencionando la mediación está regulada en Ecuador por la ley de arbitraje y mediación promulgada en el año 2006 y reformada en el año 2015, en donde el artículo 47 menciona cómo debe ser los procesos de mediación en Ecuador, cabe destacar que esta misma ley contempla también la mediación comunitaria que está dirigida para que sea aplicada a los pueblos indígenas y de la cual veremos que tiene un procedimiento un poco diferente, pues bien, veamos el procedimiento que establece la ley de arbitraje y mediación de Ecuador en el artículo 47:

El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las

obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticos.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación la demanda en el juicio verbal sumario.

En los 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.

El artículo 59 de la ley de mediación y arbitraje (2015) señala también: “Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.” Por tanto, podemos observar la fuerza que tienen estos procedimientos incluso para las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, la cual sabemos que se aplica mucho, debido a sus costumbres.

Ahora bien, en cuanto a la conciliación, el artículo 234 del Código Orgánico General de procesos señala:

Art. 234.- Procedimiento. La conciliación se realizará en audiencia ante la o el juzgador conforme a las siguientes reglas:

1. Si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio.

2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo.

3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo.

Sin embargo, esta última se la menciona como un sinónimo de la mediación en temas de familia. Lo antes descrito lo podemos observar en el siguiente artículo.

Podemos observar entonces que lo fundamental en el proceso de mediación y conciliación es la existencia de un mediador o conciliador debidamente calificado y reconocido en el sistema judicial, proceso que debe terminar con un acta en la cual se indicará si hubo o no acuerdos y en caso de haberlo, cuál fue la voluntad de las partes.

En este sentido es necesario hablar un poco y recalcar la importancia que tiene el instrumento jurídico del Acta de mediación, su implicación sobre todo jurídica. Así pues, partimos con lo que establece la ley de arbitraje y mediación en el artículo 47:

El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto

de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

En los 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.

Podemos observar, entonces que, en efecto la ley de arbitraje y mediación sistematiza muy bien lo que es la mediación, regulación que permite perfectamente llevar de manera eficiente una mediación familiar, pues recordemos que no es una mediación ordinaria de temas civiles o contractuales. En este sentido nos dirá Mangelsdorff Corbalán, I. K. (2017) que la mediación familiar es un sistema de resolución de conflicto en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos, lo cual se encuentra también recogido en la ley 19.968, que crea a los Tribunales de Familia en la legislación chilena, en la que se dedica un título completo, que es el V, sobre la mediación familiar.

En esta misma línea señala González Morales, M. D. M. y Aguilar, J. L. (2018) que: El acuerdo puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a

mediación. Se establece una serie de formalidades que debe contener el acuerdo: identidad y domicilio de las partes, lugar y fecha de suscripción, mediador o institución de mediación que ha intervenido, obligaciones que cada parte asume y seguimiento del procedimiento ajustado a las previsiones establecidas en la norma. Una vez alcanzado el acuerdo, el mediador debe informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a público a los fines de dotarlo del carácter de título ejecutivo. Si el acuerdo se alcanza en un proceso de mediación iniciado durante la sustanciación de un proceso judicial, puede solicitarse su homologación por el Tribunal y, en tal caso, será ejecutivo como toda resolución judicial de tal naturaleza, como veremos a continuación (P. 43).

En el supuesto de que una de las partes no preste su consentimiento para elevar a público el acuerdo alcanzado en mediación, y aun cuando el acuerdo tiene carácter vinculante para las partes, al no ser otorgada escritura pública, el mismo carecerá de fuerza ejecutiva, por lo que, ante la falta de cumplimiento voluntario, la parte que pretenda hacerlo efectivo podrá acudir al proceso declarativo correspondiente para hacer valer el acuerdo alcanzado (p.40).

### **3.2 Beneficios de la mediación previa obligatoria en la descongestión de causas en Ecuador.**

Antes de partir con los beneficios específicos de la mediación obligatoria previa en Ecuador, es necesario hablar de los beneficios en general que acarrea la mediación prejudicial obligatoria ante cualquier proceso civil. En primer lugar, tenemos: que contribuiría a reducir la litigiosidad y descongestionar los tribunales, al resolver los conflictos de manera más ágil y eficiente.

En segundo lugar, ayudaría a fomentar el diálogo y la participación social, promoviendo de esta manera una cultura de paz. Y, en Tercer lugar, permitiría a las partes el poder llegar a acuerdos mutuamente satisfactorios, evitando la confrontación de un proceso judicial, fortaleciendo de esta manera las relaciones, que lamentablemente están siendo cada día más desgastada por la falta de diálogo y de una cultura de paz.

Otros beneficios a tener en cuenta de la mediación sería la preservación de las relaciones familiares, ya que como hemos mencionado se facilita la comunicación y la búsqueda de acuerdos mutuamente satisfactorios, y la mediación puede ayudar a preservar las relaciones entre los miembros de la familia, evitando los efectos negativos de los procesos judiciales contenciosos que conllevan o acarrearán sí o sí estos procesos, sobre todo un desgaste emocional y psicológico.

También, la mediación sin duda es un método que en verdad da una mayor eficiencia, eficacia, agilidad y rapidez, ya que estos procesos de mediación suelen ser más ágiles y eficientes que los procedimientos judiciales, lo que puede beneficiar a las partes involucradas, como el hecho de un empoderamiento de las partes, ya que la mediación permite a las partes tener un mayor control sobre el proceso de resolución de conflictos y la toma de decisiones, fomentando su empoderamiento. Esto es necesario cultural y sociológicamente hablando ya que, las familias como bases de cualquier sociedad, deberían, tener un cierto poder autónomo que les permita tener el control de su pequeña sociedad formada, su familia.

La mejora de calidad de los acuerdos, es otra ventaja o beneficio de la mediación, ya que los acuerdos alcanzados a través de la mediación suelen ser más duraderos y satisfactorios para las partes, ya que reflejan sus necesidades e intereses mutuos.

De lo antes expuesto Mangelsdorff Corbalán, I. K. (2017) señala también que, en efecto, la mediación reduce la rivalidad y mejora la calidad en las relaciones humanas ya que alienta la comunicación entre las partes permitiéndoles corregir sus percepciones. Si bien ese proceso no es didáctico, la participación activa que el mismo requiere, constituye el aprendizaje de nuevos conocimientos y experiencias que podrán ser usadas en nuevas situaciones de conflicto.

Así mismo señala Mangelsdorff Corbalán, I. K. (2017) señala que la mediación da ventajas, más allá de beneficios, las cuales son la creatividad, la transformación de la

posición frente al conflicto, eficacia, equidad, economía no solo en dinero, sino también en tiempo, volviéndose ágil, económica y democrática, sobre todo.

Sin duda, la mediación o cualquier otro método alternativo de conflicto ayudan mucho a la descongestión de causas para los jueces, no solo en materia de familia, sino laboral, civil, penal, etc. Sin embargo, ponemos especial atención al Derecho de familia, porque psicológicamente hablando, la familia es la base y ha sido la base de la sociedad, por tanto, si queremos generar una cultura de paz, es por esta vía que se debería empezar.

Vallejo Pérez, G. (2019) en este sentido indica que por supuesto la mediación, aligeraría la sobrecarga de los Juzgados, no solo porque no se llegaría a sustanciar asuntos que no precisan judicialización, sino también porque se simplificaría el trabajo de los Juzgados al verse reducido el número de incumplimientos de sentencia evitando ejecuciones y disminuyendo el número de procesos contenciosos.

Guaicha Saetama, G. (2022) en esta misma línea indica que: Evidentemente, la incorporación en la norma con carácter obligatorio, involucra la intencionalidad de procurar en la sociedad una cultura de paz y una forma más moderna y humanitaria de resolver los controversias en asuntos de familia, que es el núcleo de la sociedad que más se debería cuidar, cuidando así el confrontamiento de los problemas en esta materia, ya que tanto padres como hijos, evitarían tener una actitud de venganza y sería más saludablemente, psicológicamente hablando, beneficioso para las partes y la sociedad misma.

En este sentido coincido con el abogado Guaicha Saetama ya que, en efecto, sociológicamente hablando, la mediación familiar ayuda a que las partes que se conocen, puedan convivir armoniosamente pese a las diferencias que se hayan suscitado por alguna situación, lo cual no se logra si estos acuden a la vía judicial, mermando así la salud psicológica de las personas.

Lamentablemente, en el Derecho de familia, la mayoría de los casos versan sobre pensiones alimenticias, divorcios y la tenencia de menores. Cabe señalar que estos tres temas en cuestión, son muy subjetivos, salvo el tema de los menores y cuando existen casos en donde hay violencia, pues aquí entran en juego otros bienes jurídicos como el bien

de la vida y la vida de los menores de edad o discapacitados. En los cuales me atrevo a decir que no debería haber mediación, sino más bien una conciliación, donde el juez pueda resguardar los bienes jurídicos antes mencionados.

### **3.3 Propuesta procedimental para establecer la mediación prejudicial obligatoria**

En primer lugar, la reforma que se debería implementar para que la mediación prejudicial o extrajudicial sea obligatoria es que para la presentación de una demanda, conforme se establece en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, se pueda agregar un numeral en donde se indique: "Para los casos determinados en materia de familia, se deberá presentar la correspondiente acta de mediación, la cual deberá indicar los puntos en los que las partes no llegaron a acuerdos o bien que no hayan llegado a acuerdo, lo cual permite habilitar la vía judicial.

En este sentido es necesario resaltar que, si bien es cierto, el numeral 13 del artículo 142 de la norma antes mencionada señala: "Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso. "Permitiéndonos interpretar que no cabe o no sería necesario agregar el numeral 14, como se propone en esta investigación de tesis analítica.

Y es que aquí es necesario recalcar que las leyes que versan sobre la familia están en su mayoría en el código civil, el código de la niñez y la adolescencia entre otras que regulan por lo tanto, no se podría aplicar taxativamente el numeral 13, pues en ninguna de las leyes que versan sobre la familia no se habla de la necesidad de mediar específicamente en temas como la pensión alimenticia, de divorcio con o sin bienes, de la tutela judicial de menores de edad, régimen de visita y de los miembros de familia mayores de edad o discapacitados.

Ahora bien, es necesario entonces hablar de lo que es el Acta de mediación, la cual si bien es cierto es un Acta que deberá recoger los acuerdos o bien las propuestas de las partes y si se llegó o no a un acuerdo, esta acta tiene un peso bastante importante en materia procesal, pues bien, veamos en qué consiste esta acta de mediación, su naturaleza jurídica.

En este sentido, coincide Treviño Pizarro, M. C. (2017) al señalar que: “Este tipo de justicia alternativa surge como una forma realista de que las partes en conflicto lleguen a una solución justa, con la certeza de quedar satisfechas con el resultado.” Podemos decir entonces que, en los casos de familia, la justicia alternativa, mediante la mediación específicamente, ayudan de forma realista y no surrealísticamente a que las partes involucradas que son miembros de un núcleo familiar de manera justa equitativa puedan llegar a un acuerdo.

No obstante, continúa Treviño Pizarro, M. C. (2017) diciendo que es importante aclarar que el mediador no decide por las partes, sino que su función es ayudar a encontrar opciones para resolver el conflicto, mas no imponer una solución, de lo cual ya habíamos mencionado al aclarar el papel que juega y debe jugar la figura del mediador.

Pues bien, señala Treviño Pizarro, M. C. (2017) que: Este procedimiento alternativo en la solución de conflictos familiares ayuda a la impartición de justicia al evitar juicios contenciosos, por lo cual, ayuda a que implemente en gran parte de las entidades judiciales como formas de aliviar la carga de trabajo de los juzgados. De esta forma se puede crear una nueva cultura de negociación para llegar a acuerdos satisfactorios para las partes, lo cual evita las contiendas prolongadas y el gasto no solo de recursos económicos, sino de las relaciones familiares de las partes en conflicto, y, además, ahorra tiempo y esfuerzo a los juzgadores.

Así pues, este procedimiento alterno de justicia que implica la mediación, se deberá realizar en los Centros de mediación debidamente certificados, en donde además debería ser un mediador familiar, que es especializado en esta materia el que ayude a la realización de la mediación familiar, mediación de la cual habrá un acta, en la cual se debe suscribir, las propuestas de las partes y si hubo o no un acuerdo, así como también los puntos en los que quizá sí hubo acuerdos pero en otros no, para que el juzgador al inicio de la audiencia de juicio pueda incluso a las partes a conciliar y de esta manera acelerar el proceso judicial.

Cabe señalar que los jueces especializados, deberán siempre tener en cuenta los bienes jurídicos de la familia como lo son los bienes de las sociedades conyugales, en caso

que hubieran, el interés superior de los menores de edad y de los discapacitados, además. Es importante que, en caso de implementarse la mediación prejudicial obligatoria, se establezcan las excepciones necesarias, como en casos de violencia de género, para salvaguardar la seguridad y los derechos de las partes más vulnerables. Además, se debe garantizar el acceso a la justicia y la asistencia jurídica gratuita para aquellas personas que no cuenten con los recursos económicos suficientes.

## **Capítulo cuatro**

### **La mediación prejudicial obligatoria en legislación comparada**

La mediación es una figura jurídica de resolución alterna de conflictos o método no adverso de a los judiciales, muy utilizada en diversas ramas del Derecho y del mundo. Ahora bien, la fura de la mediación en el Derecho de familia ha sido un poco más desarrollada en varios países europeos, como Italia y España, así como también en países latinoamericanos como Chile y Argentina.

Así mismo, la página web de justicia de la Unión Europea señala los países que tienen como obligatoria la mediación en temas de derecho de familia o de las familias tal es el caso de los siguientes países: Italia: Aquí la mediación es obligatoria en casos de separación y divorcio y las partes deben asistir a una sesión de mediación antes de presentar una demanda ante el tribunal. En segundo lugar, tenemos a Bélgica que también tiene un sistema de mediación obligatoria en asuntos familiares, donde las partes deben intentar la mediación antes de acudir a los tribunales.

En tercer lugar, continuando, tenemos a los Países Bajos, antes conocido como Holanda, que, aunque si bien es cierto no es estrictamente obligatoria, la mediación es ampliamente utilizada en los Países Bajos para resolver disputas familiares. El sistema está bien establecido y respaldado por el gobierno.

En cuarto lugar, se encuentra el país de Grecia, en donde la mediación es obligatoria en casos de custodia de menores y el régimen de visitas. Aquí, las partes deben asistir a una sesión de mediación antes de presentar una demanda judicial. Siguiendo con los países que tienen la mediación familiar incorporado en sus normativas procesales, está en quinto lugar, el país de Polonia en donde este ha implementado la mediación obligatoria en asuntos familiares, incluyendo divorcio, custodia y pensiones alimenticias.

Por otro lado, cabe señalar y destacar que si bien es cierto otros países latinoamericanos contemplan la figura de la mediación como conciliación, en sus normas jurídicas en materia de familia, lo cierto es que, en el presente trabajo queremos destacar la importancia de la figura de la mediación y no el de la conciliación, ya que aunque muchos juristas señalan que no es necesario que existe una diferencia entre estas dos figuras y que perfectamente pueden ser tratadas como sinónimos o en sustitución la una de la otra, destacamos que la conciliación sería intrajudicial o dentro de un proceso judicial, donde el tercero conduce a las partes a llegar a un acuerdo, y además este tercero, tiene una injerencia sobre las partes por ser superior jerárquicamente a ellos y hay la probabilidad de la existencia de un temor que pueda coaccionar de forma indirecta a las partes.

Ahora bien, la mediación, no sería intrajudicial, sino extrajudicial o prejudicial, es decir que esta debe ser fuera de un proceso judicial, lo cual permite a las partes que se sientan aún más libres para llegar a un acuerdo, aunque exista un tercero, que sería el mediador, pero, este no ejerce o ejercería una coacción sobre las partes, respetándose la voluntariedad de las partes; y es aquí donde resaltamos la problemática. podríamos decir, de lo que sería la obligatoriedad de esta figura jurídica antes de acudir a un proceso judicial, pues si bien es cierto, la mediación se caracteriza por la voluntariedad de las partes, esta voluntariedad consiste en llegar a un acuerdo dentro del proceso de mediación, pero no en cuanto a la asistencia de una sesión de mediación, en donde no se ha invocado un proceso de mediación aún. Así pues, veremos que legislaciones como Chile en materia de familia señala claramente los tipos de casos en los que se debe acudir a mediación, tal como en los casos que versan sobre temas de pensión alimenticia, divorcios, etc. Así como lo hemos

visto de manera superflua en los países europeos que tienen esta figura de la mediación familiar.

No obstante, la obligatoriedad de esta figura de la mediación, considero que no debería exigirse cuando exista o prevalezcan temas de violencia, sin embargo, esto no lo vemos en la legislación española, en donde sí existe la obligatoriedad de la mediación en materia de familia, aunque existiera la posibilidad de que haya o hubiera algún tipo de violencia. Pues, lo que sucede es que estos casos tienen un tratamiento o un procedimiento un poco diferente a aquellos casos en donde no hay algún tipo de violencia, sobre todo intrafamiliar o de género.

Así lo señala Vallejo Pérez, G. (2019) quien indica que la mediación familiar, procederá de manera diferente o tendrá un trato diferente en caso de existir algún tipo de violencia, teniendo en cuenta que estos serían ya delitos, hablando propiamente en el ámbito jurídico.

Y es que el tratamiento diferenciado de la mediación penal radica, pues como bien indicaba, ante los casos que deben ser tratados por la materia que corresponde. En este sentido, cabe señalar que la prohibición de aplicar la Mediación Familiar en los supuestos de violencia de género ha sido plasmada por la Leyes de las distintas Comunidades Autónomas de Mediación Familiar, bien mediante prohibiciones expresas, contenidas en el ámbito de aplicación, o, mediante mandatos, más o menos directos, al mediador para que se abstenga de conducir una mediación o quedando exonerado del deber de confidencialidad, con la obligación expresa de comunicar una situación de peligro a las autoridades competentes en cuanto esta se detectada con ocasión del ejercicio de sus funciones, incluso, la modificación posterior de alguna de estas Leyes Autonómicas.

#### **4.1 Marco Normativo de la mediación nacional e internacional**

Debemos partir entonces que las normas están bajo la tutela de la Constitución, que como ya sabemos, según Kelsen y su pirámide es la sombrilla por la que se cobijan las demás leyes en un país. Es por ello que la figura de la mediación al ser un mecanismo de resolución de conflicto alternativo a lo judicial, debe y está contemplada en

esta norma, la cual la encontramos en el artículo 190 que dice: 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” lo cual surgió debido a que Ecuador ratificó el convenio internacional con relación al arbitraje y mediación al cual

Ahora bien, recordemos que todo lo dispuesto en la Constitución debe ser regulado mediante una ley y su reglamento y en el caso del arbitraje y la mediación no hay excepción, pues bien, la ley de arbitraje y mediación fue promulgada en el año 2006 y reformada en el año 2015 en la cual únicamente se contempla la figura del arbitraje y la mediación y los procesos de cada una, lo cual, a mi parecer me parece un poco escueta al no desarrollar aún más otros tipos de métodos alternos de conflictos como la negociación, la facilitación, etc. Y quizás esto sea porque no se ve la necesidad de darle un tratamiento tutelado por una norma jurídica específica como esta, debido a que muchas normas como la tributaria, laboral, penal tienen la figura de la mediación y conciliación en sus códigos.

Y es que la mediación o mejor dicho las figuras alternas de resolución de conflicto o métodos alterno o adversos a la vía judicial ha venido apareciendo y tomando fuerzas en diversas ramas del derecho como lo son en el ámbito, tributario, civil, mercantil, laboral, etc. En cuyas leyes de estas especialidades se mencionan la facultad que tienen las partes procesales para acudir a estas alternativas de resolución conflictos, lo cual ayudó mucho incluso en el tiempo de la pandemia. Y es que en Ecuador en los últimos años se ha venido buscando la manera de desarrollar más las figuras de la conciliación y la mediación, tal como lo podemos ver a continuación.

En el Código del trabajo (2012): se establecen los procesos o el procedimiento de la conciliación laboral, a partir del artículo 474 hasta el 477, los cuales indican lo siguiente:

Art. 474.- Integración del Tribunal de Conciliación y Arbitraje. - El Tribunal de Conciliación y Arbitraje estará compuesto por cinco vocales: el inspector del trabajo,

quien lo presidirá, dos vocales designados por el empleador y dos por los trabajadores. Los suplentes serán dos por cada parte.

No podrán ser vocales del tribunal quienes tuvieren interés directo en la empresa o negocio, o en la causa que se tramita. En caso de transgresión, el culpable será sancionado con las penas establecidas para el prevaricato.

El tribunal nombrará, de fuera de su seno, al secretario, mientras lo haga, actuará en tales funciones la persona designada por la autoridad que conoce del pliego.

Art. 475.- Audiencia de conciliación. - Posesionados los vocales, el presidente del tribunal señalará día y hora para la audiencia de conciliación, la que deberá llevarse a cabo dentro de los dos días siguientes a la posesión de dichos vocales.

Art. 476.- Normas para concurrencia a la junta de conciliación. - Los trabajadores concurrirán por medio de representantes con credenciales suficientes; los empleadores, por sí mismos o por medio de mandatarios autorizados por escrito.

Art. 477.- Conciliación. - Durante la audiencia el tribunal oír a las partes y propondrá las bases de la conciliación. De llegarse a un acuerdo se levantará un acta en la que conste lo convenido, debiendo suscribirla los concurrentes. El acuerdo tendrá fuerza ejecutoria.

Podemos ver entonces, de igual manera que sí existe la figura de la mediación, llamada conciliación, la cual es durante el juicio, por tanto, estamos ante una mediación intrajudicial o no extrajudicial, pues al ser intrajudicial estamos claros que ya hay una cierta obligatoriedad de por medio. Adicional a esto, aunque si bien es cierto mencionamos a esta normativa para ver su tratamiento como parte de las leyes de Ecuador que versan sobre la mediación, no podemos comparar con el derecho familiar ya que, tanto este como el Derecho laboral buscan la protección de bienes jurídicos distintos, por tanto con mucha más razón es necesario recalcar por qué la mediación en el ámbito familiar no debe ser únicamente intrajudicial sino también extrajudicial o previa, siendo esta necesariamente obligatoria.

Ahora bien, en el Código de la niñez y adolescencia señala en la parte infine del artículo 206 del papel que deben jugar las Juntas Cantonales de Protección de

Derechos, y cómo estás deberán, señala la norma: “Procurar, con el apoyo de las entidades autorizadas, la mediación y la conciliación de las partes involucradas en los asuntos que conozcan, de conformidad con la ley”

De igual manera la norma procesal penal en su Código Orgánico Integral Penal habla de la mediación, o en este caso de la conciliación, prevista para las contravenciones, primeramente, en el artículo 641 en su parte in fine cuando dice: En la audiencia, la víctima y el denunciado si corresponde podrán llegar a una conciliación, salvo el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. Los acuerdos se pondrán [sic] en conocimiento de la o el juzgador para que ponga fin al proceso.

En este sentido se establece a partir del artículo 649 el procedimiento de esta conciliación la cual señala que se deberá proceder de la siguiente manera:

Audiencia de conciliación y juzgamiento. -

Una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba o peritos, la o el juzgador señalará día y hora para la audiencia final, en la que el querellante y querellado podrán llegar a una conciliación. El acuerdo se pondrá en conocimiento del juzgador para que ponga fin al proceso.

La audiencia se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Si no se logra la conciliación, se continuará con la audiencia y la o el querellante formalizará su querrela, la o el defensor público o privado presentará los testigos y peritos previamente anunciados, quienes contestarán al interrogatorio y contrainterrogatorio.
2. La o el juzgador podrá solicitar explicaciones a los declarantes para tener una comprensión clara de lo que dicen.
3. Luego la o el querrellado o la o el defensor público o privado procederá de igual forma con sus testigos presentados y pruebas.
4. A continuación, se iniciará el debate concediendo la palabra, en primer término, a la o al querellante y luego a la o al querrellado, garantizando el derecho a réplica para las partes.

5. Si la o el querellado no acude a la audiencia, se continuará con la misma en su ausencia.
6. Luego del debate, la o el juzgador dará a conocer su sentencia siguiendo las reglas de este Código.
7. La o el juzgador que dicte sentencia en esta clase de procedimiento, declarará de ser el caso, si la querella ha sido temeraria o maliciosa.
8. La persona condenada por temeridad pagará las costas procesales, así como la reparación integral que corresponda.
9. En caso de que la o el juzgador la califique de maliciosa, la o el querellado podrá iniciar la acción penal correspondiente.

Es interesante ver como también en esta norma procesal penal se deja claro la necesidad de no mediar en casos de violencia, por lo que podemos estar tranquilos que la mediación previa obligatoria debe cuidar este aspecto, como garantía de las mujeres sobre todo y de los niños que son grupos de atención prioritaria conforme lo establece la Constitución Política del Ecuador del 2008.

Por otro lado, en la ya mencionada ley de arbitraje y mediación se establece la mediación a partir del artículo 43 hasta el artículo 47 y adicional también se establece en el artículo 58 y 59 la mediación comunitaria, la cual consiste en:

Las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aún con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de

las comunidades atendidas. El Consejo de la Judicatura también podrá organizar centros de mediación comunitaria. (Art.59)

De igual manera vemos contemplada la figura de la mediación en el Código de la niñez y adolescencia el cual dice lo siguiente “La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia” (Art. 294).

También debemos recordar un poco la legislación internacional, que más que legislaciones, estamos hablando o nos referimos específicamente a las convenciones y tratados internacionales ratificados por el Estado Ecuatoriano, como lo son en primer lugar la Declaración Universal de los Derechos humanos, el pacto de derecho económicos, sociales y culturales, la convención sobre los derechos del niño, la convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.

#### **4.2 La mediación prejudicial obligatoria en el Derecho Español**

Según señala Vallejo Pérez, G. (2019). España tiene trece leyes importantes que regulan la mediación familiar en las diferentes autonomías de España, las cuales son: Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia, y el Decreto 159/2003, de 31 de enero que regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana y el Decreto 41/2007 de 13 de abril que la desarrolla reglamentariamente. Ley 15/2003 de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias y el Decreto 144/2007, de 24 de mayo que la desarrolla reglamentariamente. Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de Castilla-La Mancha. Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León y el Decreto 11/2010, de 4 de marzo que la desarrolla reglamentariamente. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, del País Vasco. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y el

Decreto 37/2012 de 21 de febrero que la desarrolla reglamentariamente. Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado, de Cataluña. Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar, de las Islas Baleares y el Decreto 66/2008, de 30 de mayo que la desarrolla reglamentariamente. • Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Aprueba con el título del Código del Derecho Foral de Aragón el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas y la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón. Ley 1/2011 de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria.

Es interesante saber y ver cómo bien indica Vallejo Pérez, G. (2019) que la mediación prejudicial sobre todo en materia de familia no nació de la noche a la mañana, sino que vino regulándose a partir del ámbito civil y mercantil; y de manera paulatina hasta llegar a estas trece leyes autonómicas, mencionadas con antelación.

Vallejo Pérez, G. (2019) también dirá: La mediación familiar, y a pesar de que con la aprobación de la Ley 5/2012, se haya introducido una regulación común mínima de rango estatal en tema de mediación, aunque enfocada en el ámbito civil y mercantil, la Mediación Familiar queda regulada de manera fragmentaria, a través de un mosaico de Legislaciones Autonómicas.

De igual forma en la legislación española, doctrinalmente se puede clasificar o hablar de la mediación tanto, intrajudicial o extrajudicial, sin embargo, es interesante ver que la legislación española, aunque se tiene un avance con esta figura de la mediación prejudicial obligatoria, aún se tienen retos como lo son el hecho de la Mediación Extrajudicial no está tan implantada como la Intrajudicial. Vallejo Pérez, G. (p 237, 2019). Por tanto, también es necesario seguir hablando de una fuerte implementación de la mediación previa obligatoria también en España, aclarando la importancia de lo extrajudicial de lo intrajudicial, buscando como encaminarse a esta cultura de paz.

También Alomar Serra, J. (2014) señala en su tesis que: España debe buscar la manera de seguir descongestionando también su sistema judicial mediante la mediación prejudicial, para la cual se debe promover aún más este método alternativo de resolución de conflicto. "Necesidad de seguir promoviendo los servicios de mediación familiar intrajudicial,

informando suficientemente de su existencia". (Alomar Serra, J. 2014) Es interesante ver que, aunque si bien es cierto, es bastante anterior esta tesis, podemos ver que esto de la implementación de la obligación previa de la mediación y de la información de este método alternativo de resolución de conflicto o bien de esta justicia alternativa, falta que se divulgue más y se aplique.

Otro reto que señalan algunos juristas que tiene el derecho español sobre la mediación familiar, es el hecho de que los jueces o tribunales sientan, al parecer, una especie de atropellamiento, podríamos decirlo así, de sus funciones, así pues, lo señala Alomar Serra, J. (p.7, 2014) cuando dice: Algunos consideran que con la implantación de este mecanismo se está invadiendo su esfera de competencias, por lo que no es muy difícil comprender que miren con gran recelo todo lo relacionado con la Mediación.

En esta misma línea en cuanto a la mediación en el derecho familiar de España Vallejo Pérez (2019) indica que, es necesario pensar en la mediación no sólo como una forma de descongestionamiento del sistema judicial, sino también en la construcción de una cultura de paz, así como el hecho de entender que la mediación, específicamente en el ámbito familiar implica una reeducación a las personas, que son complejas por su estructura antropológica. Además, la mediación permite que las partes, que son personas y forman parte de la sociedad, puedan desde la madurez resolver sus desavenencias, pues aquí quien realmente tiene un papel protagónico es el mediador y las partes claro, por tanto, se debe exigir más requisitos y formar e incentivar a los mediadores, sobre todo en materia de familia, de esta forma se devuelve al ciudadano su poder de decisión. Y es que recordemos que al acudir a un plano judicial estamos otorgando o cediendo este poder o capacidad a un tercero, en este caso a un juez, por cuanto no he podido resolver mis desavenencias, controversias u otros.

Alomar Serra, J. (2014) también dirá que: Las resoluciones judiciales que en materia familiar recomiendan a acudir a la Mediación, son cada vez más numerosas. Como decimos, recomiendan, ya que el acceso a la mediación es un acto voluntario. Pero se está demostrando que la Mediación es un instrumento muy útil para gestionar y abordar los

problemas que surgen cuando hay una ruptura familiar. Los acuerdos alcanzados son más satisfactorios y se cumplen con más frecuencia, por lo que es una solución que redunde en beneficio de todos, tanto para los menores como para los padres.

Por todo ello, es recomendable acudir a mediación antes de que se judicialice en exceso el conflicto, y aunque la voluntariedad se reconoce como presupuesto indispensable de la mediación, se considera aconsejable invitar a las partes a participar en una sesión informativa con el fin de que tengan la posibilidad de conocer las ventajas de la mediación.

La implantación de la mediación no depende del impulso legal ni gubernamental sino, esencialmente, de la aptitud que adopten los profesionales que tradicionalmente trabajan en lo que se denomina sector judicial.

En definitiva, se trata de optar por la prevención y la solución temprana de los conflictos, en lugar de fijar los objetivos de la intervención profesional en la exigencia de responsabilidad por las consecuencias de los mismos.

Por otro lado es importante señalar que tampoco se debería ver como un fracaso para los abogados, sobre todo y también los jueces no deberían sentirse amenazados por el uso de métodos alternos de resolución de conflictos, puesto que litigios nunca van a dejar de haber, pero el Derecho no tiene por qué buscar, menos en el ámbito familiar una justicia que no sea restaurativa, reparativa y además educativa, puesto que si no se fomenta esta cultura de paz desde los administradores de justicia o de quienes pretenden buscar la justicia, mediante las normas establecidas para la búsqueda de esta.

Por último, es importante señalar que juega un papel fundamental la sociología en estos ámbitos, ya que culturalmente y antropológicamente hablando la implementación, uso y mejora de los métodos de resolución de conflictos o justicia alternativa, depende mucho de las partes, de la sociedad, de las personas, su nivel de educación, etc.

#### **4.3 La Mediación familiar obligatoria previa en el Derecho Chileno**

En cuanto a la mediación previa, prevista en el ordenamiento jurídico chileno, esta se puede ver claramente a partir del artículo 106 de la ley 19968 que conforma y habla de

los tribunales de familia, ley que más adelante veremos fue reformada por la ley 20286, pues en esta, se incluye la reforma de la obligatoriedad de la mediación, pues bien, veamos los artículos de la legislación chilena, que hablan de la figura de la mediación previa obligatoria.

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

En este sentido podemos ver que la mediación obligatoria previa no se puede dar en otras causas sino por las específicas en la ley, cabe señalar que aquí se deja en claro a diferencia de la legislación española que la mediación es extrajudicial y no intrajudicial.

Por otro lado, también podemos ver en este otro artículo 107 de la normativa chilena antes citada, el respeto de la voluntariedad de las partes, principio fundamental de la mediación, cuando señala:

(..) derivación a mediación y designación del mediador. Cuando se trate de algunas de las materias que de acuerdo al artículo 106 son de mediación previa, las partes, de común acuerdo, comunicarán al tribunal el nombre del mediador que elijan de entre los mediadores contratados en conformidad a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 114, mediante una presentación que contenga la individualización de los involucrados y la mención de la o las materias incluidas. A falta de acuerdo en la persona del mediador o si las partes manifiestan su decisión de dejar entregada la designación a la resolución del juez, éste procederá a nombrar al mediador mediante un procedimiento objetivo y general, que garantice una distribución equitativa entre los contratados para prestar servicios en ese territorio jurisdiccional y un adecuado acceso a los solicitantes. En todo caso, siempre se hará presente al requirente la posibilidad de recurrir, a su costa, a un mediador de los

inscritos en el registro señalado en el artículo 112. Estas actuaciones podrán llevarse a cabo ante cualquier tribunal de familia y para ellas no se requiere patrocinio de abogado.

Si la acción judicial versa sobre alguna de las materias de mediación voluntaria, el juez ordenará que, al presentarse la demanda, un funcionario especialmente calificado instruya al actor sobre la alternativa de concurrir a ella, quien podrá aceptarla o rechazarla. Del mismo modo, ambas partes podrán solicitar la mediación o aceptar la que les propone el juez, durante el curso de la causa, hasta el quinto día anterior a la audiencia del juicio y podrán, en este caso, designar al mediador de común acuerdo. Si no se alcanzare acuerdo, el juez procederá a designarlo, de inmediato, de entre quienes figuren en el Registro de Mediadores, mediante un procedimiento que garantice una distribución equitativa de trabajo entre los registrados.

La designación efectuada por el tribunal no será susceptible de recurso alguno. Con todo, deberá revocarse y procederse a una nueva designación si el mediador fuere curador o pariente, por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y hasta el cuarto grado en la línea colateral, de cualquiera de las partes, o hubiere prestado servicios profesionales a cualquiera de ellas con anterioridad, a menos que los hubiese prestado a ambas en calidad de mediador.

La solicitud a que se refiere la letra d) del artículo 105, así como la revocación y nueva designación a que se refiere el inciso anterior, serán tramitadas en audiencia especial citada al efecto por el tribunal competente.

Una vez realizadas las actuaciones a que se refieren los artículos precedentes, se comunicará al mediador su designación por la vía más expedita posible. Dicha comunicación incluirá, además, la individualización de las partes y las materias sobre las que versa el conflicto.

Como podemos ver, es interesante la obligatoriedad de la mediación previa que se deja claro en estos párrafos de este artículo, y es que en la parte infine del artículo 56, en

el cual señala que para la debida y correspondiente demanda por escrito se deberá presentar, además de los requisitos previstos en la ley lo siguiente, Ley 19968 (2010): En las causas de mediación previa se deberá acompañar un certificado que acredite que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 106. (Artículo 56).

En este sentido Mangelsdorff Corbalán, I. K., (2017) señala en su tesis Análisis crítico al proceso de mediación familiar en Chile que, en primer lugar, la mediación familiar no era obligatoria, sino que era voluntaria, no obstante, ante el colapso que sufrieron los tribunales de familia de Chile, se vio la urgente necesidad de implementar la obligatoriedad de la mediación familiar.

Ante el colapso inminente de los tribunales de familia y el carácter voluntario de la mediación familiar y su escaso impacto (considerando también la falta de conocimiento de este mecanismo en la población), es que llevaron al Ejecutivo a plantear la reforma a la ley de tribunales de familia, la que entre otras modificaciones, incorporó la mediación familiar previa y obligatoria para tres materias específicas: alimentos, cuidado personal y relación directa y regular (Mangelsdorff Corbalán, I. K., P. 49, 2017).

Por otro lado, también podemos ver que Chile, no solo habla de la mediación como tal, sino que también deja abierta la puerta a otros métodos alternos de resolución de conflicto como lo es la negociación y la mediación comunitaria, los cuales, si están contemplados en Ecuador, sobre todo en la mediación comunitaria, en la ley de arbitraje y mediación.

También es interesante ver, cómo varios juristas chilenos investigadores señalan la cantidad de beneficios que implica una mediación comenzando por el hecho de que su implementación ha demostrado beneficios significativos, aunque también enfrenta desafíos que deben ser abordados. Por ello es necesario que Chile continúe refinando su marco legal promoviendo la capacitación y concientización, y así, además se pueda fortalecer aún más su sistema de mediación familiar y ofrecer una alternativa eficaz y humana a los

procedimientos judiciales tradicionales, que es lo que interesa mucho en esta investigación, y sobre todo el trato humano que se puede dar desde el ámbito del derecho.

En esta misma línea señala Alfaro, J.E, Rojas, V.T. et al, (2011). que uno de los efectos o beneficios que tienen los sistemas de resolución de conflictos es que son mucho más económico y rápido, pues la regla general es que interviene a un nivel preventivo con la finalidad de que el conflicto no se judicialice y se resuelva lo más pronto posible.

“Estos sistemas tienen una serie de ventajas adicionales, tales como promover una mayor y mejor comunicación entre las personas, instalando una cultura de diálogo, y haciéndolas más responsables de sus propios actos. En definitiva, se afirma que estos sistemas favorecen formas más democráticas y participativas de resolución de conflictos. (Alfaro, J.E, Rojas, V.T. et al, (2011).

#### **4.4 Análisis de la mediación prejudicial obligatoria en el derecho ecuatoriano**

Ahora bien, una vez que hemos visto la forma en cómo tienen regulado en sus legislaciones España y Chile, esto de la mediación prejudicial de manera obligatoria, es necesario pues que hagamos énfasis en algo particular y es que las leyes de familia o que ventilan sobre la familia tienen su propia regulación, su autonomía, sin embargo el implementar en el Código Orgánico General de Procesos una ligera reforma para la obligatoriedad de la mediación prejudicial puede ser un comienzo ya la vez un avance muy significativo.

Y es que la mediación prejudicial obligatoria es una figura jurídica que ha ganado relevancia en el derecho de familia a nivel internacional, incluyendo en el contexto ecuatoriano. Esta herramienta busca promover la resolución pacífica de conflictos familiares antes de acudir a la vía judicial, con el objetivo de preservar las relaciones y evitar los efectos negativos que suelen acompañar a los procesos judiciales.

Así pues, dirán Cabrera, Cabrera. S. V., et al (2023) que este método alternativo de solución de conflictos hace posible que las materias transigibles como son las de ámbito familiar, terminen sin iniciar una contienda judicial, siempre y cuando no se vulneren los

derechos y se proteja el bienestar de los que son parte del grupo de atención prioritaria. De esto podemos afirmar y continuar diciendo que la mediación familiar previa, al hacerla obligatoria ayudará a que se eviten contiendas muy fuertes judiciales, pero se debe cuidar, o en este caso el mediador debe buscar la manera de tener en cuenta el preservar los bienes jurídicos competentes del Derecho de familia o familiar como son los intereses o el bien superior de los menos de edad, de los discapacitados o incapaces.

En este sentido, es necesario recalcar la importancia de regular la especificidad en la que se debe acudir a la mediación familiar obligatoria y que además no debe entenderse a la mediación obligatoria previa en sustitución de la mediación intrajudicial o bien descartar la conciliación, sino más bien tener a estos dos métodos o vías presente para los casos de derecho de familia.

Ahora bien, nos continúan diciendo Cabrera, Cabrera. S. V., et al (2023) que: La mayoría de las disputas que surgen en el Derecho familiar se refieren a la cuestión de la manutención de los hijos, modificación de tenencia, patria potestad, régimen de visitas y en los peores de los casos, cuando existe una sustracción internacional de un niño, niña o adolescente o retención indebida.

De lo antes expuesto, es necesario hablar de un tema bastante delicado en la legislación ecuatoriana, que es la adopción y más aún la adopción internacional; y es que este tema lamentablemente es un proceso muy engorroso al cual muy pocos se someten, y, aunque si bien es cierto es porque se busca preservar el bien superior del menor, a la final, es lo que menos se terminando cuidando y ventilando en estos procesos. No digo que con la mediación se pueda solucionar esta situación, pero sí el hecho de tener una codificación específica para estos temas. En este sentido señala Treviño Pizarro, M. C. (2017) que en Latinoamérica son muy pocos los países que tienen una legislación exclusiva para la familia, siendo únicamente los países de Chile, Bolivia, El Salvador, Cuba, Costa Rica, etc.

No obstante, en la actualidad existen más países latinoamericanos que se están sumando a esta corriente de la codificación específica de las leyes que versan sobre la familia.

Pues bien, 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 Lempereur, et al., 2010, p. 249). Este criterio es muy real pues, al obligar a las partes a mediar previo a un proceso, el mediador con su capacidad logrará arribar a acuerdos que beneficien a las partes, descongestionando de esta manera los juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia.

La mediación se convierte en una herramienta del sector judicial en el sistema procesal del Ecuador, por ello la mediación previa al juicio obligatoria ayudaría a reducir significativamente la carga procesal y el tiempo de resolución de disputas en el sector de las mujeres, la familia, la niñez y la adolescencia

Por ello es necesario, señalará Cabrera, Cabrera. S. V., et al (2023) regular en la legislación de Ecuador la mediación prejudicial obligatoria previo a la demanda en especial en los casos de alimentos y sus incidentes, régimen de visitas, y tenencia, y de esta manera garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente.

De igual forma Guaicha Saetama, G. (2022) señala que: “Se ha visto entonces, que no se trata de un conflicto producto de la legalidad o inconstitucionalidad de la mediación prejudicial obligatoria, sino de un factor ausente cultura en la sociedad, respecto de la mediación y sus evidentes beneficios. En otras palabras, la legalidad de la mediación ya está, desde la Carta Magna en Ecuador, el problema real radica en la implementación de esto en la cultura ecuatoriana, donde prevalece la diversidad cultural, debido a los pueblos y nacionalidades indígenas.

La cuestión, entonces está, dice Guaicha Saetama, G. (2022) en verificar si esta institución puede ser aplicada en el Estado ecuatoriano, como mediación prejudicial, con la realidad actual en el país, para las Unidades Judiciales de familia, que se convertiría en un aliciente en cuanto a la excesiva carga procesal, pues las causas se resolverían de forma ágil, con menos inversión en gastos, y de esta manera se vería posiblemente un incremento

de la conciencia en cuanto al afrontamiento de las controversias, debido a que el ser humano se ve inclinado a defenderse en actitud contendiente. No obstante, la aplicación de la mediación obligatoria previa al iniciar un proceso judicial, desarrollaría el cooperativismo en la búsqueda de posibles soluciones, más satisfactorias para sí mismos.

Además, de convertirse en una ayuda adecuada para la descongestión procesal, al tratarse de controversias en materia de familia que involucra a los hijos menores de las partes, la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria conllevaría a un buen vivir más armónicamente en familia, en un entorno pacífico. Sin embargo, esto implica, una campaña ardua de informar, formar y concientizar a la sociedad ecuatoriana para que conozcan de forma concreta, específica y clara el funcionamiento y los beneficios de la mediación, con la finalidad de que no sea considerado como un inconveniente que deba ser superado, para poder hacer uso de la vía judicial.

Verdera Izquierdo, B. (2023) En su artículo sobre la importancia de la mediación en el Derecho de familia actual. En especial en las crisis de pareja con presencia de menores, señala que: En el ámbito de la mediación familiar, no sólo debemos tener presentes los procesos derivados de crisis matrimoniales o de pareja, donde serán susceptibles de mediación cuestiones derivadas, por ejemplo, del derecho de visitas, custodia, pensiones... sino cualquier conflicto familiar que nos puede llevar a materias muy diversas como pueden ser las relacionadas con la responsabilidad parental (P.1713).

Continúa diciendo Verdera Izquierdo, B. (2023) que: estos conflictos también se pueden ver entre la familia acogedora, la adoptante, la familia biológica o de origen...A su vez, conflictos no sólo entre padres e hijos o hermanos de edades dispares, sino con miembros de la familia extensa como pueden ser abuelos o tíos (p 1713).

Y es que, no podemos olvidar que la convivencia genera problemas, por ello, nos podemos situar ante conflictos intergeneracionales, por ejemplo, siendo un conflicto con los hijos adolescentes con sus propios progenitores o conflictos que surgen de familias reconstituidas: con las segundas parejas de sus progenitores, con sus medio hermanos o hijos de la pareja de su progenitor.

Otro tema bastante delicado por el cual se puede dificultar el tema de la mediación previa obligatoria es el de las pensiones alimentaciones, el cual es una obligación por ser la obligación que recoge de manera concreta el interés superior del menor, por lo cual el Código de la niñez y la adolescencia en su título V a partir del artículo 126 en adelante, regula de manera exclusiva este tipo de derecho, señalando su naturaleza jurídica y las características de esta obligación, en donde se ve claramente la yuxtaposición del deber del padre, frente al derecho del hijo.

En este sentido, es necesario comprender un poco lo que implica la complejidad de la obligación de los alimentos, así pues, nos dirá Medina Pabón, J. E. (2018) que: Se denomina genéricamente alimentos a una obligación que impone la ley a cierta persona —el alimentante— de contribuir a favor de otro —el alimentario— con los medios necesarios para su bienestar o simplemente para su subsistencia. (P 676).

Por tanto, vemos que al ser una obligación lo bastante delicada es comprensible dudar o temer a que este tipo de situaciones que son las más frecuentes en cuestiones judiciales de familia, se tenga que ventilar en una mediación. No obstante, es por ello que dejo en claro la necesidad imperante de, primeramente establecer las especificidades en las que se puede aplicar la mediación previa obligatoria, ya que los alimentos es un tema muy amplio, en donde hay situaciones como la continuación de dar alimento hasta una cierta edad y en segundo lugar, que los casos en donde no se puede mediar, valdría la pena conciliar, es decir que se regule de forma taxativa la mediación extrajudicial e intrajudicial para realmente ver resultados eficientes y eficaces en el descongestionamiento de los sistema procesales judiciales, sobre todo en Ecuador.

Es por ello que dirá Benavides Santo (2013) que urge la imperante necesidad de la creación de un derecho procesal de familia o que al menos es a lo que se debería aspirar en un futuro, pues él dirá:

(...) de la misma forma que hasta ahora se han definido áreas del derecho como el derecho procesal penal, derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal laboral, derecho procesal contencioso

administrativo, etc., denominase así en segunda generación de los sistemas procesales familiares, al estudio de normas y principios jurídicos que regulan los trámites judiciales en los asuntos de familia. (P 23).

## Conclusiones

A manera de corolario en la realización del análisis jurídico y doctrinal respecto de la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria en el derecho de familia como una forma de descongestión del sistema procesal ecuatoriano se puede decir que es un camino que valdría la pena recorrer y para ello debe ser necesario en primer lugar, el poder modificar o incluir en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, donde se establece los requisitos para realizar una demanda, el requisito de obligatoriedad para los casos de familia específicos, el acta de mediación donde no se pudo realizar un acuerdo entre las partes.

También, es necesario que se haga la aclaración de la figura jurídica de la conciliación y la mediación, pues la mediación sería de manera extrajudicial o prejudicial, en cambio la conciliación sería dentro del proceso judicial, como bien se establece en el artículo 250 del COGEP. Así mismo, es necesario explicar lo que implica la obligatoriedad, pues esta no significa que se amedrente uno de los principios de la mediación que es la voluntariedad de las partes, ya que la obligatoriedad no consiste en que las partes tienen que llegar a un acuerdo, sino de que al menos conozcan e intenten este método o mecanismo alterno de justicia.

Por otro lado, es necesario recalcar la necesidad de unificar las normas referentes a la familia en un solo cuerpo normativo como lo tienen otras legislaciones, ya que esto permitiría ver la manera de regular esta figura de la mediación prejudicial obligatoria para así ayudar a la sociedad a construir esta cultura de la paz, que aunque parezca algo idílico, sí es posible, como se ha podido en varios países no sólo europeos sino también latinoamericanos, pues es a lo que debemos aspirar no sólo en Ecuador, sino también en Latinoamérica y el mundo, ya que la familia es el pilar fundamental de cualquier sociedad.

## Recomendaciones

De las conclusiones antes mencionadas se proponen las siguientes recomendaciones producto de la investigación realizada.

En primer lugar, la necesidad que debe haber por parte del Estado, de regular en un solo cuerpo normativo las normas referentes a la familia para poder implementar de manera eficaz la mediación familiar, sobre todo extrajudicial o prejudicial obligatoria, ya que, de lo contrario, un cambio únicamente al Código Orgánico General de Procesos, en el artículo referente a los requisitos de la demanda no bastaría o no sería suficiente para resolver el tema del congestionamiento del sistema judicial.

En segundo lugar, que el Estado a través de entidades como el Consejo de la Judicatura genere un plan para ayudar a informar a los ciudadanos, profesionales del derechos y servidores judiciales; de los beneficios que genera el uso de la mediación, como una forma de culturización y reeducación, respecto de la forma en la que se puede ejercer una defensa conciliatoria ante conflictos entre derechos y obligaciones en el derecho familiar, frente al tradicional modo de administración de justicia, considerando a esta como una última instancia.

En tercer lugar, que la Función Judicial, en vista que mantiene sus centros de mediación de forma gratuita para los asuntos que versen en el ámbito familiar, realice un trabajo de capacitación de sus mediadores de forma constante y permanente.

Por último y no menos importante, que se realicen mayores estudios y observaciones referentes a la mediación prejudicial obligatoria en materia de familia y su beneficio de descongestión en el sistema procesal, puesto que se expone una factibilidad en su aplicación, ergo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que se encuentra en las condiciones para ser incorporada, mediante reforma de la norma vigente particular.

## Referencias

- Amador Díaz, R. E. (2015). La conciliación en la historia. En Eficacia de la Conciliación en Derecho, desde la Perspectiva del Derecho Privado en la Ciudad de Tunja. Universidad de Boyacá. <https://doi.org/10.24267/9789588642666.1>
- Acedo Penco, Á. (2013). Derecho de familia: (ed.). Madrid, Spain: Dykinson. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/57102>
- Alfaro, J.E, Rojas, V.T. et al, (2011). Estado actual de la Mediación en Chile, en el marco del [ Proyecto “Mejorando el acceso a la justicia y resolución colaborativa de conflictos” financiado por la Unión Europea en conjunto con el Ministerio de Justicia, Chile].
- Alomar Serra J. (2014). La Mediación Familiar: Su regulación en España. [Trabajo de fin de grado de derecho, Universitat de les Illes Balears]. Repositorio Institucional Universitat de les Illes Balears [ALOMAR SERRA JUANA TFG junio.pdf \(uib.es\)](#)
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2012, 26 de septiembre). Código del Trabajo. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N° 17
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2015, 22 de mayo). Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N° 417
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2019, 29 de Julio). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2021, 23 de febrero). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador Suplemento N° 506.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2023, 12 de mayo). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador N° 180
- Asamblea Nacional de Nicaragua. (2014, 24 de junio). Código de Familia. Registro oficial del Gobierno de Nicaragua La Gaceta No. 190.
- Ayzama, C. & Ancieta Rodríguez E, C. (2020). La mediación en Bolivia y su necesidad de reconocimiento normativo: Un abordaje hacia la incorporación de los de las tecnologías de la información. Convibra.
- Benavides Santos, D. (2013). Axiomas del derecho procesal de familia: (1 ed.). San José, C.R, Editorial Jurídica Continental. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/223994>
- Bing. (2023). e-Justice Europa. Bing Recuperado de <https://acortar.link/8RLBj0>
- Cabrera, Cabrera. S. V., et al (04 de octubre de 2023) La mediación prejudicial obligatoria en materia de familia, niñez y adolescencia en la legislación de Ecuador como garantía del interés superior del niño. DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v4i4.1205>
- Cárdenas -Yáñez, N., et al (01 de mayo de 2020) La familia en Ecuador: Un enfoque desde lo jurídico. <https://doi.org/10.35381/r.k.v6i11.1209>

- Castro Lizama, M. N., (2015) Mediación Familiar en Chile. Un análisis de las decisiones técnicas del mediador durante la resolución del conflicto. [Tesis de Maestría, Universidad de Chile]. Repositorio.uchile.cl <https://acortar.link/QM42qX>
- Congreso Nacional de Chile (agosto, 2022) Tribunales de familia, Ley No 19.968. (Chile).
- Congreso Nacional. (2008, 15 de septiembre). Ley N° 20286. Diario Oficial de la República de Chile.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 (Ecuador).
- Criollo Mayorga, G. (2016). *Teoría y práctica de mediación y conciliación*: (ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://elibro.net/es/lc/bibliotecautpl/titulos/115670>
- Defensoría Pública del Ecuador (2024). Reglamento funcionamiento centro de mediación. [https://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/lotaip2014/info-legal/Reglamento funcionamiento centro mediacion.pdf](https://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/lotaip2014/info-legal/Reglamento_funcionamiento_centro_mediacion.pdf)
- Di Prieto, M. (abril, 2019). Mediación y la Eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. La Mediación en Argentina. Mediaciones Sociales, <https://doi.org/10.5209/MESO.62338>
- González Morales, M. D. M. & Aguilar, J. L. (2018). *¿Qué es la mediación?:* (ed.). Editorial Tébar Flores. <https://elibro.net/es/lc/bibliotecautpl/titulos/106014>
- Guaicha Saetama, G. E. (2022). Estudio sobre la factibilidad de la mediación prejudicial obligatoria en materia de familia, niñez y adolescencia y su beneficio de descongestión en el sistema procesal. [Tesis de posgrado, Universidad Técnica Particular de Loja]. Repositorio Institucional RiUTPL.
- Guzmán Barrón C. (2024) La Conciliación: principales antecedentes y Características. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002590.pdf>
- Verdera Izquierdo, B. (22 de marzo de 2022). La importancia de la mediación en el derecho de familia actual en especial en las crisis de pareja con presencia de menores. Actualidad Jurídica Iberoamericana N°16 bis. Junio 2022, pp. 1708-1741. <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/72.-Beatriz-Verdera-pp.-1708-1741.pdf>
- Mangelsdorff Corbalán, I. K. (2017) Análisis crítico al proceso de mediación familiar en Chile. [Tesis de pregrado, Universidad Finis Terrae]. Repositorio Institucional <https://repositorio.uft.cl/bitstreams/1a2467a4-b3f4-467e-a354-50b6d2a9ef73/download>
- Palandri, E. & Luchino, G. (2023). *Mediación familiar*: (1 ed.). Alveroni Ediciones. <https://elibro.net/es/lc/bibliotecautpl/titulos/247499>

- Polilegal. S.A (octubre, 2023). Los Métodos alternos de solución de conflictos. Polilegal. S.A  
LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS – Polilegal S.A.
- RAE. (2023). Diccionario de la lengua española. 23.7 en línea. <https://dle.rae.es>
- Reyes Zambrano, A. J. (2019) La mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil. [Tesis de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional UASB-DIGITAL
- Souto Galván, E. (2013). *Mediación familiar*: (ed.). Dykinson.  
<https://elibro.net/es/lc/bibliotecautpl/titulos/56901>
- Treviño Pizarro, M. C. (2017). *Derecho familiar*: (ed.). IURE Editores.  
<https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/40209>
- Vallejo Pérez, G. (2019). *La mediación familiar en el sistema jurídico español*: (ed.). Editorial Reus.<https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/120933?page=196>
- Vargas, M. (2008). Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 21(2), 183-202.<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200008>