

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA

EL ROL DEL JUEZ COMO MEDIADOR EN LA SOLUCIÓN

DE CONFLICTOS SEGÚN EL COGEP

AUTOR

LUIS ALBERTO FREILE PÉREZ

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:

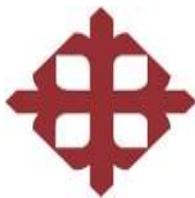
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TUTORA

DRA. TERESA NUQUES MARTÍNEZ

GUAYAQUIL – ECUADOR

2020



UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de investigación fue realizado en su totalidad por el **Ab. Luis Alberto Freile Pérez**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal.

Directora del Proyecto de Investigación

PhD. Teresa Nuques Martínez

Revisora de Contenido

PhD. Nuria Pérez Puig

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 30 días del mes de Agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Luis Alberto Freile Pérez**

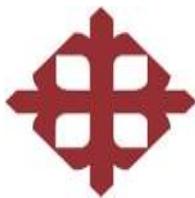
DECLARO QUE:

El proyecto de investigación “*El Rol del Juez como Mediador en la Solución de conflictos según El COGEP*”, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría. En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 30 de agosto del 2020

EL AUTOR

Luis Alberto Freile Pérez



UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

AUTORIZACIÓN

Yo, **Luis Alberto Freile Pérez**

Autorizo, a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del proyecto de Investigación “El Rol del Juez como Mediador en la Solución de conflictos según El COGEP” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 30 de agosto del 2020

El AUTOR

Luis Alberto Freile Pérez

AGRADECIMIENTO

A Dios, la principal fortaleza en la mente, y el corazón, millón gracias por reflejar en mí una persona comprometida con la familia, el trabajo y la educación.

A mi familia, pionera del optimismo por crecer, motivación para luchar, y hegemonía para ser diferente, mi amor por siempre.

A la academia, Universidad católica Santiago de Guayaquil, cuna de conocimiento y experiencia, calidad e imagen institucional a disposición de nosotros.

A docentes y tutores, por el magnífico trabajo realizado en aras del aprendizaje, la gratitud es infinita.

Ab. Luis Alberto Freile Pérez

DEDICATORIA

A la bendición de Dios, para con mi familia, salud y sabiduría.

A mi familia, eje principal de mi esfuerzo y dedicación

A mi esposa, por su inspiración brindada, dedico el detalle de un trabajo realizado con su apoyo

A mis hijos, confianza, lealtad y amor

Ab. Luis Alberto Freile Pérez

INDICE DE CONTENIDO

CERTIFICACIÓN	iii
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	iv
AUTORIZACIÓN.....	v
REPORTE URKUND	vi
AGRADECIMIENTO.....	i
DEDICATORIA.....	ii
INDICE DE CONTENIDO	iii
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
Preguntas de la investigación	5
Objetivos	6
Objetivo General	6
Objetivos Específicos	6
Justificación.....	6
CAPITULO I.....	9
MARCO TEÓRICO	9
1.1 Principios del derecho procesal relacionados con la mediación.....	9
1.1.1 Economía procesal	10
1.1.2 Eficacia.....	11
1.1.3 Inmediación.....	12
1.1.4 Celeridad	12
1.1.5 Uniformidad	13
1.1.6 Simplificación	13
1.2 La jurisdicción.....	14

1.3	La jurisdicción voluntaria.....	15
1.4	El rol del juez en la jurisdicción voluntaria.....	17
1.5	La mediación	19
1.5.1	Concepto.....	19
1.5.2	Mediación y conciliación	24
1.6	El notario	27
1.6.1	Concepto y funciones	27
1.7	Competencia del notario según Artículo 18	29
1.8	Competencia notarial de celebrar matrimonios	31
1.9	Derecho comparado.....	32
1.9.1	España	33
1.9.2	México.....	36
1.9.3	Venezuela	37
1.10	Sentencia 011-18-CN/19 de la Corte Constitucional	39
CAPITULO II		41
MARCO METODOLOGICO		41
2.1	Metodología.....	41
2.2	Fundamentación de los métodos a utilizar	41
2.2.1	Métodos teóricos	41
2.2.2	Métodos empíricos	42
2.3	Fundamentación de las premisas	43
2.4	Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.....	44
2.4.1	Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial.....	45
2.4.2	Criterios éticos de la investigación.....	47
CAPITULO III		49
RESULTADOS Y ANALISIS DE RESULTADOS.....		49
3.1	Técnicas.....	49

3.1.1	Entrevistas	49
CAPITULO V		63
PROPUESTA		63
4.1	Título de la propuesta	63
4.2	Antecedentes y contexto de la propuesta.....	63
4.3	Caracterización de la propuesta.....	65
4.4	Planteamiento de la propuesta	65
4.5	Preámbulo.....	66
4.6	Objetivo.....	68
4.7	Anteproyecto de reforma.....	68
4.8	Impacto jurídico y social de la propuesta	69
4.9	Conclusiones parciales	70
CONCLUSIONES		71
RECOMENDACIONES		73
BIBLIOGRAFÍA.....		74

RESUMEN

El presente trabajo constituye el resultado de un estudio con el propósito de entender el rol del juez como mediador en la solución de conflictos según el COGEP. Cuando se estudia el rol del juez debe considerarse principios, derechos y garantías constitucionales que deben ser cumplidas en la administración de justicia, especialmente cuando la naturaleza de la jurisdicción facilita a los administradores de justicia para que cumplan con lo estipulado en la Carta Magna. Para la elaboración de esta investigación de desarrollo primeramente un capítulo teórico en el cual se dan cuenta los conceptos fundamentales para entender el papel de mediador del juez; tal capítulo contiene también un estudio de derecho comparado. Luego la investigación plasma las entrevistas a los expertos en materia de derecho procesal civil en cuanto a su postura con respecto al rol del juez; y por último, y como consecuencia de todo lo anterior, se formula una propuesta de reforma legal para darle mayor viabilidad al rol del juez y del notario.

Palabras claves:

Juez; Notario; Carga Procesal; Mediación; Jurisdicción Voluntaria.

ABSTRACT

The present work is the result of a study with the purpose of understanding the role of the judge as a mediator in the solution of conflicts according to the COGEP. When studying the role of the judge should be considered principles, rights and constitutional guarantees that must be met in the administration of justice, especially when the nature of the jurisdiction facilitates the administrators of justice to comply with the provisions of the Magna Carta. For the elaboration of this development research, first a theoretical chapter in which the fundamental concepts are realized to understand the role of mediator of the judge; such chapter also contains a study of comparative law. Then the investigation captures the interviews with the experts in civil procedural law regarding their position regarding the role of the judge; and finally, and as a consequence of all of the above, a legal reform proposal is formulated to give greater viability to the role of the judge and the notary.

Key words:

Judge; Notary; Procedural Load; Mediation; Voluntary jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

La mediación es un mecanismo que en los últimos años ha cobrado un gran interés e importancia porque implica un cambio en el paradigma en la concepción del derecho. Cuando una persona media le da a las partes afectadas la oportunidad para que ellas mismas solucionen su conflicto. El derecho actual está abogando para que ese sea el nuevo paradigma y que el litigio la vía contenciosa pase a ser la excepción y no la regla.

El derecho procesal civil no está exento de este nuevo paradigma por lo que su instrumento jurídico medular, el Código Orgánico General de Procesos, ha incorporado y ampliado los mecanismos alternativos de resolución de conflictos e instancias alternativas a la jurisdicción ordinaria a fin de descongestionar las competencias del juez.

Los Estados modernos están interesados no solo en administrar justicia, sino que esa justicia sea cada vez con mejor calidad y que garantice la satisfacción de los involucrados y de la sociedad. Una forma de lograr tal propósito es reducir el carácter coactivo y represivo de la justicia. Si los interesados son los protagonistas del proceso, relegando el rol de juez, hay mayores garantías de una justicia transparente y satisfactoria. Ese es el propósito y el espíritu de la jurisdicción voluntaria donde las sociedades

El Estado ecuatoriano no es ajeno a este propósito y desde hace algunos años ha experimentado cambios que han estado dirigidos a la nueva dinámica que se da con la promulgación de la vigente Carta Magna. Esta nueva realidad ha permitido la aprobación de una cantidad considerable de normas de carácter especial en diversas materias y a la vez, el propio Estado ha procurado solventar dentro de la dogmática jurídica problemas tan relevantes como los vinculados al sistema de justicia.

La carga procesal es actualmente uno de los principales problemas y retos a superar que

tienen los Estados, a través de sus instancias judiciales, y de la cual no es ajeno el Ecuador. La falta de celeridad que está acompañada de la ineficiencia desencadena no solo el retardo procesal en los diferentes juzgados de la República sino además causa la sucesiva violación del artículo 169 de la Carta Magna, el cual sostiene que el sistema procesal debe estar encaminado al cumplimiento de la justicia, la cual se basa en normas de carácter procesal cuyos principios fundamentales son la simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad, inmediación y economía procesal

Con la aprobación del Código General de Procesos en el 2015, se establecen nuevas reglas de juego encaminadas a colocar al sistema de justicia en materia civil a la par con el cumplimiento de elementos como la celeridad y efectividad judicial, donde la oralidad en los juicios y las nuevas competencias en materia de jurisdicción voluntaria dadas a los notarios visualizaban la manera más expedita para el cumplimiento de los principios constitucionales de economía procesal, eficacia y eficiencia en la administración de justicia lo cual representaría el descongestionamiento de los juzgados. Al respecto debe cabe destacarse que el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece en su artículo 344 que la jurisdicción voluntaria es una actividad esporádica que realizan los jueces u otros administradores de justicia del Estado, y que se caracteriza por carecer del elemento esencial que tiene la jurisdicción contenciosa, esto es, la controversia.

Aunque el concepto será profundizado en el desarrollo de la presente investigación, la jurisdicción voluntaria simplemente implica que se está en presencia de actos donde no hay un verdadero litigio, por lo que las partes involucradas no presentan oposición de intereses entre ellas; se trata más bien de acciones no valorables donde las autoridades plasman los asuntos acordados por las partes. En otras palabras, se puede estimar la jurisdicción voluntaria como aquel acto procesal no jurisdiccional que tiene por objetivo el reconocimiento de actos que no implican un otorgamiento de derechos y que ha sido planteado de manera voluntaria por los

sujetos procesales involucrados.

Es por ello que, con miras al descongestionamiento judicial con la entrada en vigencia del COGEP, ciertas competencias que eran exclusivas del juez fueron trasladadas para ser ejercidas por el notario bajo la figura de la jurisdicción voluntaria, nuevas funciones que le fueron otorgadas al notario con la Ley Reformatoria de la Ley Notarial de 2016.

Se establece que el incremento de competencias del notario se funda en el pase de acciones desde el juez hacia el notario por cuestión de jurisdicción voluntaria de las partes intervinientes; sin embargo, el matrimonio aun es permitido de competencia directa del registro civil y no de los juzgados; sin embargo en nuestra legislación el notario no puede celebrar matrimonios, solo unión de hecho, y no de derecho. En cuanto a la celebración del matrimonio, porque es al registro civil a quien le corresponde.

El problema se suscita porque en la actualidad las salas del registro civil tanto del gobierno como del cabildo son apremiadas por solicitud de matrimonio, donde se establece un acto ceremonial a fecha y en la cobertura que manifieste el registro, cuando la competencia puede pasar a un notario este simplemente ubica una fecha de los contrayentes lugar y las diversas hegemonías tratadas entre las partes, un escenario notarial facilita y economiza la unión de hecho y el matrimonio.

El presente trabajo de investigación encuentra su justificación en la problemática que viene afrontando el sistema de justicia en el Ecuador en relación a los altos niveles de carga procesal en los juzgados de la Republica, esto debido a la falta de celeridad que está acompañada de la ineficiencia de algunos juzgados civiles lo que origina de manera directa no solo el retardo procesal en las diferentes instancias judiciales sino que, además de ello, causa la sucesiva violación de los preceptos establecidos dentro la Constitución del Ecuador, y demás leyes de carácter especial, las cuales manifiestan que el fin del sistema procesal debe estar encaminado

al cumplimiento de la justicia bajo los principios rectores de: celeridad, inmediación y economía procesal. Simplificación, uniformidad, y eficacia.

En este sentido, se debe señalar que la importancia de la presente investigación se encuentra encaminada en llevar a cabo una propuesta de reforma del Código General de Procesos el cual en su artículo 294, numeral 6 hace referencia a la mediación como regla para la solución de conflictos en la audiencia preliminar. No obstante, esta norma le otorga al juez la capacidad de trasladar a petición de una de las partes la causa a un centro de mediación el litigio en la búsqueda de una solución del conflicto.

Esta realidad desencadena dilaciones en el eventual proceso civil, ya que trasladar la causa a un centro de mediación, ocasiona que las partes deban enfrentarse a obstáculos como: la falta de capacitación de los jueces que los atienden, la ambigüedad de la Ley de Mediación y Arbitraje que data del año 2006, desconocimiento por parte de los usuarios para acceder a los centros de mediación y por último la insuficiencia de recursos económicos para atender a todas las demandas.

Es por ello, que la presente investigación permitirá desde el punto de vista de la dogmática jurídica realizar un aporte que permita a través del traslado de la mediación a los notarios descongestionar los juzgados en materia civil, mercantil en el Ecuador para que de esta manera se le pueda dar repuesta de una forma más oportuna y expedita a todos los ciudadanos que en la actualidad están sujetos como ya se ha mencionado a una serie de dilaciones por parte del sistema judicial del Ecuador.

Tanto para el desarrollo de este trabajo como para la elaboración de dicha propuesta se tomaran en cuenta los criterios de algunos expertos en la materia, empleando para ellos entrevistas con preguntas abiertas con las cuales los entrevistados dan a conocer sus puntos de vista con fundamento científico. La propuesta también es producto de una reflexión y análisis

sobre el contenido normativo que contempla el COGEP en cuanto las competencias notariales y judiciales.

En definitiva, este trabajo de investigación trata sobre la jurisdicción voluntaria y el nuevo rol del juez como mediador de conflictos de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos. A tal fin se hará un estudio de la doctrina, de las teorías y del marco jurídico vigente, asimismo se realizarán entrevistas a jueces y abogados expertos en derecho procesal civil. El trabajo se ha estructurado primeramente con un capítulo que se refiere un marco teórico donde se establecen conceptos esenciales como la jurisdicción voluntaria y principios procesales inherentes a ella. El segundo capítulo contempla detalles de la metodología utilizada. El tercer capítulo se desarrolla en función de los resultados obtenidos en la investigación, y el cuarto capítulo da cuenta del análisis de los resultados. En el capítulo quinto se hace la propuesta al Código Orgánico General de Procesos, y finalmente, se plantean las conclusiones.

Preguntas de la investigación

La investigación fundamentalmente se concentra en la pregunta: ¿De qué manera afecta en el retardo procesal, el rol del juez como mediador en la solución de conflictos?

Otras preguntas secundarias que sirven para orientar el desarrollo de la investigación son las siguientes:

¿Cuál es la normativa en materia Civil en relación a la mediación en la solución de conflictos?

¿Cuál es la necesidad jurídica de trasladar la mediación como función específica del juez al notario para dar cumplimiento a los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y otras leyes?

¿Cómo es el Derecho comparado en relación a la mediación en la solución de conflictos como función notarial?

¿Cuál sería la reforma en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en relación a

la mediación de conflictos?

Objetivos

Objetivo General

Describir la necesidad jurídica acorde al retardo de los procesos, por parte de los juzgados y su traslado al notario en la mediación de conflictos según el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Objetivos Específicos

Determinar la normativa existente en materia Civil en relación a la aplicación de la mediación en la solución de conflictos.

Identificar la necesidad jurídica de trasladar la mediación como función específica del juez al notario para dar cumplimiento a los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y otras leyes.

Explicar el Derecho comparado en relación a la mediación en la solución de conflictos como función notarial.

Proponer la reforma en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en relación a la mediación de conflictos.

Justificación

Se justifica la aplicación de la dogmática jurídica, donde la mediación regula el crecimiento espontáneo de los conflictos evitando la jurisdicción ordinaria, existiendo en algún momento la conflictividad social, esto es que cada caso presentado tiene la necesidad de una solución urgente o una expansión lenta. Normalmente se pretende que las personas eviten llegar a la jurisdicción ordinaria en la solución de los conflictos, simplemente se busca la jurisdicción

alternativa mediante la mediación.

La COGEP ha establecido que los medios alternativos una opción que da la constitución de la República del Ecuador para que exista arbitraje, conciliación y la mediación. La aplicación en proceso de mediación se justifique el artículo 102 a 106 donde se regula el reconocimiento, ejecución, homologación y los efectos probatorios en actas. Se justifica además la excepción según señala el artículo 153 del COGEP en lo que se refiere a procesos, convenios, o mediación.

Se justifica la presencia de un Centro de mediación para que se te ofrezca las audiencias preliminares en los procesos ordinarios, que suelen ser de oficio o por pedido de las partes intervinientes, para que legalmente se establezca un modelo de justicia alternativa que logre alcanzar el acuerdo entre las partes, desarrollando una acta donde se establece el acuerdo alcanzado.

La participación del COGEP en los procedimientos de controversias especiales en audiencias del juicio y preliminar, además establece procedimiento o en lo contencioso administrativo y tributario, además de un sumario o sola audiencia. Se establece también un procedimiento voluntario que normalmente no es contencioso, sino que se utiliza el órgano judicial a interés del propio solicitante. (López S. P., 2018)

Resultados Esperados

El propósito de esta investigación es contribuir al fortalecimiento de una cultura de paz en la sociedad ecuatoriana y sobre todo en la administración de justicia donde se prioricen los procedimientos voluntarios, gratuitos, o alternativos, y se evite continuar entendiendo el derecho desde una perspectiva contenciosa donde una parte debe imponerse sobre la otra. Es decir que haya más una participación amistosa por parte de los actores auspiciada por las autoridades competentes y se procure reducir y eliminar la visión clásica del derecho que busca la confrontación y el litigio entre las partes.

El derecho, a nivel internacional y nacional, ha tenido considerables avances en esta orientación por lo que el presente trabajo representa un aporte más pero que hace énfasis en las competencias entre el juez y el notario pues. Mientras que otras perspectivas plantean que se fortalezcan los mecanismos alternativos de mediación, y otras posturas se inclinan porque el juez proceda con un tono más conciliatorio y que de hecho siempre pueda proponer la mediación entre los involucrados, el presente trabajo se concentra en rescatar y resaltar el rol del notario en cuanto a sus competencias y su utilidad para descongestionar la administración de justicia y garantizar los derechos establecidos en la Constitución.

Como resultado de la investigación se espera la valoración significativa del rol de los notarios como potenciales mediadores de conflicto. Ello ofrece una alternativa a la tradicional conducción de controversias a través de jueces ordinarios. Esto permitirá la apertura y ampliación de las notarías como espacio para la mediación. A su vez, por parte de los usuarios, se facilitará el fortalecimiento de una cultura que busca la mediación por encima del litigio, que incluye la concientización sobre los beneficios de la jurisdicción voluntaria.

Se espera además que el diseño de la propuesta sea satisfactorio y que sea viable, que pueda ajustarse a la técnica legislativa y más importante aún, a la realidad ecuatoriana, facilitando en la administración de justicia los principios constitucionales inherentes, por lo que permitiría la simplificación, la economía procesal y en definitiva el descongestionamiento de la justicia ordinaria en el país.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Principios del derecho procesal relacionados con la mediación

De acuerdo con Yedro (2015) los principios generales en asuntos procesales se refieren a directrices o líneas matrices que sirven de marco a las instituciones para el desarrollo del proceso. Los principios, señala Yedro, representan la parte medular del proceso, o en términos más ilustrativos aún, las vigas maestras sobre las que se erige el plexo normativo procesal. Los principios son los ejes, las ideas inspiradoras o el alma de las normas. La autora, haciendo alusión a Couture, señala que al hacerse referencia a los principios procesales también podría hablarse de mandamientos constitucionales que son desenvueltos por el legislador; así, por ejemplo, la Constitución consagra el derecho que tiene el ciudadano a peticionar ante las autoridades, también declara que ninguna persona puede ser condenada sin que sea escuchada, y también establece la gratuidad de la justicia, entre otros aspectos que ejemplifican los mandamientos constitucionales. En definitiva, para Yedro, los principios generales procesales constituyen la síntesis de la orientación a un ordenamiento ritual dado (Yedro, 2015).

Señala Peyrano (2011) que los principios procesales son construcciones jurídicas normativas que se diferencia de los conceptos porque no expresan realidades objetivas, sino que son el resultado de ideas de carácter general que se obtienen a través de la abstracción y que se proyectan sobre las leyes para tengan una visión que se caracterice por ser sistematizada, orgánica y unitaria.

Los principios procesales deben distinguirse de las reglas en cuanto que los principios son las normas destinadas a ordenar que se realice algo en la mayor medida que sea posible, considerando la existencia de sus posibilidades jurídicas y fácticas; en cambio las reglas simplemente son normas susceptibles de tener cumplimiento o no, en razón de que si una regla tiene validez entonces lo que ella exige debe realizarse tal cual.

Por tal motivo, los principios son mandatos para la optimización, realizables en diferentes grados, tomando en cuenta los elementos jurídicos y facticos de cada sistema de justicia; lo cual no es una propiedad que corresponda a las reglas. Las posibilidades también obedecen a la existencia de principios contrapuestos, por lo que deben sopesarse en caso de colisión, pero sopesarlos no es una regla general, no hay una taxonomía de los principios, sino que se hace considerando las circunstancias de cada caso en específico. En otras palabras, el juicio que se hace de los pesos los principios, se hace con criterios de ponderación, lo cual facilita que los derechos fundamentales sean efectivos en un caso determinado considerando los principios que le sean más pertinentes.

1.1.1 Economía procesal

De acuerdo con Cuenca (2008) se refiere al ahorro monetario y de tiempo en la actividad procesal, también tiene que ver con optimización, es decir, alcanzar la finalidad del proceso con el mínimo de esfuerzo y mínimo de gasto posible; pero tal concepción aunque no es errónea es mecanicista, siendo más acertado referirse a la economía procesal como la accesibilidad a la justicia que tiene pueblo, fundamentalmente los de bajos recursos, con el menor costo posible, y así reducir, al menos en el proceso, la diferencia que existe entre las personas con altos recursos y los de bajos recursos.

Por su parte, Palacios Lino (2003) afirma que la economía procesal comprende todas aquellas previsiones relacionadas con la abreviación y del proceso, con el propósito de evitar que su prolongación irrazonable vuelva inoperante la tutela de los derechos e intereses que compromete el propio proceso. La celeridad, el saneamiento, la eventualidad y la concentración las considera el autor como variantes de este principio.

Como puede observarse, este principio tiene un carácter fundamentalmente económico, y podría decirse crematístico. El proceso podría percibirse entonces como un negocio en el cual

cada una de las partes quiere sacar quiere perder lo menos posible y obtener los máximos beneficios. En resumidas cuentas, mientras un proceso no sea expedito y en la medida que exija gastos innecesarios, en ese mismo sentido va en contravía del principio de economía procesal.

1.1.2 Eficacia

Para Ossorio (2011) al referirse al término acertadamente habla de eficacia del orden jurídico, y tiene dos acepciones. La primera se refiere al logro de la conducta determinada; a que concuerde la conducta que exige el orden y la que desarrollan de hecho las personas que se rigen por tal orden. Una segunda acepción del concepto considera la eficacia en razón de la efectiva aplicación de las sanciones por las autoridades competentes respectivas, cuando se trasgrede el orden imperante. La eficacia es importante sencillamente porque un orden jurídico solo es válido cuando es eficaz, si un orden jurídico no se aplica entonces no vale.

Desde el campo del derecho administrativo Guzmán Napuri (2015) señala que según este principio los sujetos procesales deben hacer prevalecer que se cumpla el objetivo del acto procedimental, imponiéndose sobre formalismos que no determinen en su validez y que no influyan en aspectos importantes de la sentencia, que no sacrifique las garantías del procedimiento, ni provoque un estado indefensión en las partes. Es decir, el principio de eficacia no significa un irrespeto a la esencia de la eficiencia.

Sostiene el mencionado autor que por lo tanto este principio está estrechamente vinculado con el informalismo, no pudiendo uno invocarse sin el otro, aunque el informalismo significa una aplicación aún más inmediata. La eficacia tiene como una de sus pretensiones la protección de los administrados de los formalismos excesivos en el procedimiento, garantizando así una mejora en la gestión y considerando al usuario como una persona que colabora con el procedimiento con el propósito de obtener un resultado más favorable al bien colectivo. (Guzmán, 2015).

A medida que se ha venido perfeccionando el derecho, se ha hecho hincapié en evitar las dilaciones indebidas y las formalidades indebidas. Se ha hecho entonces esfuerzo en que en la práctica los administradores de justicia no se detengan en el proceso por formalismos que son innecesarios o que no son fundamentales para continuar con el proceso sin que ello implique que se violen los principios fundamentales.

1.1.3 Inmediación

Para Decap Fernández (2014) la inmediación es aquel principio que establece que el tribunal de juicio debe percibir con sus propios sentidos, de manera directa, es decir, sin intermediarios o terceros, la información que emana de la fuente directa donde se ha registrado, de manera que no se generen filtros innecesarios más allá del original y esencial a la fuente de la prueba que se está tratando. Por lo tanto el principio tiene una doble dimensión: es formal o subjetiva porque percibe por sus propios sentidos, sin necesidad de intermediarios; y tiene una dimensión objetiva y material que significa que debe proveerse de la fuente directa donde se halla la información que da cuenta del hecho cometido.

Estas apreciaciones se pueden confirmar con Couture (2014) para quien la inmediación se refiere a la circunstancia en la que el juez actúa junto con las partes, en la medida que sea posible tener un contacto con ellas, pudiendo prescindir de personas intermediarias tales como relatores, asesores, entre otros.

1.1.4 Celeridad

Propiamente celeridad procesal, establece que la justicia debe administrarse de la manera más breve posible. Así, en un lapso corto, las autoridades competentes dan respuesta las solicitudes de las partes, o a las mismas necesidades del procedimiento. Debe entenderse que no es abstracto sino que es el alma de la propia justicia porque esta no debe prolongarse

innecesariamente y es una necesidad que se reestablezca la paz y el orden lo más pronto posible. Lo contrario a este principio y garantía constitucional es la carga o lentitud procesal, también retardo procesal, con sus dilaciones indebidas producto de escritos que se emplean para ganar tiempo y a la cual muchas veces juegan no solo las autoridades sino, sobre todo, los propios usuarios. (Canelo, 2006)

1.1.5 Uniformidad

Este principio está relacionado con la simplicidad, y estipula que la autoridad debe establecer requisitos parecidos para trámites parecidos, lo cual garantiza que las excepciones a los principios generales no se vuelvan reglas generales. La uniformidad establece que las diferenciaciones deben fundamentarse en criterios con objetividad y que se sustentan debidamente. La uniformidad es un principio que busca limitar las facultades discrecionales de los órganos competentes (Guzmán, 2015)

Con este principio se busca evitar arbitrariedades por parte de las autoridades, tratando de establecer criterios comunes. Esto aplica en los casos de ambigüedades o lagunas legales donde es importante que exista una jurisprudencia por con la cual los jueces puedan guiarse. Cuando hay ausencia de este criterio entonces un juez, bien sea por mala intención o simplemente para evitar consecuencias jurídicas que puedan perjudicarlo, exige requisitos innecesarios que terminan retrasando el proceso.

1.1.6 Simplificación

Este principio señala que los trámites contemplados por la autoridad correspondiente deben caracterizarse por su sencillez, así que debe suprimirse toda complejidad que no sea estrictamente necesaria. En otras palabras, los requisitos que exigen las autoridades deben ser racionales y tener proporcionalidad con los objetivos que aspira cumplir. La simplificación o

simplicidad puede equipararse al principio de no agravación, más propio de países como España o Italia, y que prohíbe que se impongan cargas superfluas a los usuarios. La simplificación asegura que los trámites sean simplificados, a fin de proteger las peticiones de las partes pero también para fomentar la economía procesal, reduciendo los costos en términos de tiempo razón y esfuerzo en el desarrollo de los procedimientos. Por lo tanto la simplificación está estrechamente vinculada a la economía procesal (Guzmán, 2015).

Como puede observarse, los principios están no solo concatenados entre sí sino que guardan mucha semejanza entre sí; cada uno parece arrojar o incluir al otro. En todo caso la diversidad de los principios no tiene como propósito redundar sino reiterar y ratificar los elementos básicos para que haya una correcta administración de justicia donde debe prevalecer la celeridad (que sea en corto tiempo), la economía (que implique el menor número de gastos) y que no vulnere las garantías y los derechos básicos del debido proceso.

1.2 La jurisdicción

De acuerdo con Couture (2014) la jurisdicción puede entender como ámbito territorial, como competencia, como poder, y como función. Cuando se refiere propiamente al acto jurisdiccional entiende a la jurisdicción en términos de función pública, la cual la realizan los órganos competentes del Estados, según las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico, y por la cual, a través de un acto de juicio, donde el derecho de las partes es determinado, con el propósito de solucionar la controversia de carácter jurídico, a través de una sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada, y que sea ejecutable.

Otro tanto aporta Cabanellas (2006) quien señala que hay varios tipos de jurisdicción como la administrativa, la penal, criminal, disciplinaria y por supuesto la voluntaria y la contenciosa. Dando cuenta de las acepciones de la jurisdicción la entiende como autoridad, potestad,

dominio o poder; también como un conjunto de atribuciones relacionados con materias y espacios territoriales determinados. La jurisdicción es también el poder para gobernar y aplicar las leyes; es la potestad que tiene la autoridad judicial competente para conocer y fallar en asuntos civiles, penales o de cualquier otra naturaleza; jurisdicción es también el territorio donde el juez o tribunal ejercen su autoridad.

1.3 La jurisdicción voluntaria

Para Ossorio (2011) tal jurisdicción simplemente es aquella que se caracteriza por no tener controversia entre las partes, por ni siquiera existir una dualidad; es la antítesis procesal de la jurisdicción contenciosa. De ello podría cuestionarse la simplicidad con la que define lo voluntario suprimiendo la falta de controversia o dualidad, cuando en realidad sí hay intereses contrapuestos pero las partes están abiertas a colaborar entre sí, lo cual no ocurre en lo contencioso donde hay una actitud intransigente de al menos una de las partes. Si no hubiera dualidad ni controversia no se acudiría a un proceso.

De acuerdo con Solís Valdivia (2005) la doctrina contempla tres grupos de opiniones en torno a la jurisdicción voluntaria. Un grupo que la entiende como una actividad eminentemente jurisdiccional; otro grupo que ve la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa atribuida a los jueces; y un tercer grupo que la considera como una actividad especial del Estado.

Si se entiende como actividad jurisdiccional entonces tal actividad va a dirigida a prevenir una confrontación judicial contenciosa; o como una actividad dirigida a satisfacer requisitos indispensables para que se produzcan válidamente efectos jurídicos; o simplemente se estima que no es posible diferenciar funcionalmente la jurisdicción voluntaria de la jurisdicción contenciosa.

En el presente trabajo de investigación se es partidario de esta concepción de la jurisdicción

voluntaria, es sinónimo de prevención de la litis, o al menos esta prevención de la litis es la finalidad específica del proceso voluntario. Solís Saldivia (2005) incluso alude al símil de la higiene para curación de enfermedades para referirse a lo voluntario con respecto a lo contencioso. Así, la litis se reprime por colaboración de las partes, teniendo el juez el rol de intervenir solo para darle el efecto jurídico que sin su presencia no se produciría.

En este orden de ideas, señala Palacios Lino (2003) que el propósito del proceso voluntario está conformado por una petición procesal extracontenciosa y por tal razón se pide, ante un órgano judicial y en interés del propio peticionario, que se emita un pronunciamiento para la constitución, integración o dé eficacia a una relación jurídica privada o a determinado estado. Tal petición contrasta con la pretensión en la medida que no busca una decisión entre dos partes, sino solo con relación al sujeto o sujetos que solicitan el ejercicio de la actividad judicial en el caso concreto. Por lo tanto, en el proceso voluntario el concepto de parte debe ser sustituido por el de peticionario y el de demanda por el de solicitud.

Para Cuenca (2008), por su parte, es innecesario hacer una distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa porque ambas tienen un mismo fin, esto es, resolver conflictos. Para el autor lo importante es el conflicto en potencia que tiene cada proceso, incluso los de jurisdicción voluntaria, que pueden tenerlo solapado pero lo siguen teniendo. Sostiene el autor que debería eliminarse porque es la voluntad de la ley la que a fin de cuentas diferencia entre una y otra jurisdicción. El problema en sí, no es otro que una distribución de competencias.

En este sentido, la jurisdicción voluntaria se ocupa de asuntos vinculados con el orden público, como herencias, bienes, tutelas, incluso uniones de hecho, pero no ha habido una adecuada sistematización del derecho notarial, así se han incorporado indebidamente asuntos de derecho notarial en los procedimientos no contenciosos, teniendo en el fiscal a un opositor virtual en los asuntos públicos aunque no sean contenciosos. (Cuenca, 2008).

Siguiendo las ideas de Carnelutti, al distinguirse la jurisdicción contenciosa de la voluntaria habría que referirse a las ideas de conflicto actual y conflicto potencial de intereses, a la composición de la litis y a su prevención. (Diez-Picazo & Gullon, 2016) También se ha podido diferenciar la jurisdicción voluntaria asociándola con lo administrativo, mientras que la jurisdicción contenciosa se considera jurisdicción per se, y aunque ambos actos puedan ser competencia del juez, sus elementos conceptuales y esenciales son diferentes. (Rengel, 2003).

Otra definición la da Montero Aroca (1996) para quien ambas jurisdicciones se diferencian en cuanto a su finalidad, teniendo la voluntaria un fin constitutivo, constituyendo estados jurídicos nuevos, y cooperando con el desarrollo de las relaciones ya existentes, mientras que lo contencioso actúa sobre las relaciones ya existentes. Rengel Romberg (2003) por su parte sostiene que en lo voluntario no puede llamarse a los actores partes propiamente, porque entre los sujetos jurídicos no se pretende el sacrificio de los intereses de uno para el beneficio de otro. Este criterio es certero y no va en contradicción con lo planteado en esta investigación, pues como se ha dicho, en todo caso en lo voluntario se pretende el mutuo beneficio y la satisfacción de ambos intereses de los sujetos procesales.

Jorquera Lorca (2004), se refiere a actos judiciales no contenciosos y los define como aquellos que de acuerdo a la ley aunque requieran la mediación de un juez, no existe promoción alguna de contienda entre las partes. También sostiene que como requisitos de un acto judicial no contencioso deben concurrir dos elementos, primero, que la ley exija la intervención del juez como autoridad competente, y segundo que no haya promoción de litigio entre las partes, en otras palabras, que no se solicite nada en contra de nadie.

1.4 El rol del juez en la jurisdicción voluntaria

De acuerdo con Cuenca (2008) un juez es un funcionario que por mandato concedido por el

Estado aplica la ley en determinado proceso. Su función es administrar justicia el cual es un servicio del Estado. Entre sus funciones están la sustanciación, también llamada de conocimiento o cognición; la función de decisión, por lo que decide sobre la controversia que se somete a su conocimiento; la ejecución, que trata de hacer efectiva la justicia contenida en el fallo; función disciplinaria la cual comprende un conjunto de sanciones; la función coactiva, por lo que puede requerir el uso de la fuerza pública. Aunque la jurisdicción voluntaria es prácticamente ajena a las funciones, el deber principal de un juez es administrar justicia

La actuación de un juez en los procedimientos de jurisdicción voluntaria de diferencia de la actuación de otro juez en la jurisdicción contenciosa porque se actúa inaudita altera pars, es decir, sin que se oiga la otra parte, careciendo así de uno de los componentes más importantes a la emisión de un juicio jurídico que es la confirmación de una tesis con su antítesis. (Couture, 2014) En este sentido manifiesta el autor que la sentencia dictada en la jurisdicción voluntaria se realiza bajo la responsabilidad del peticionante en razón que el juez no conoce otra verdad que la verdad que alega la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad.

Lo anterior no debe confundirse tampoco con la diferencia entre lo penal y lo civil. Es decir, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el juez procede con conocimientos informativos y no con conocimientos legítimos, como sí ocurre en los casos de jurisdicción contenciosa ya que en estos casos el juez procede de acuerdo con el resultado de una investigación personal y en los casos de jurisdicción voluntaria, el juez procede con base en los informes de los interesados. (Solís, 2005).

Puede afirmarse que en los casos de jurisdicción voluntaria algunas veces el juez se limita a efectuar una simple verificación de legalidad y otras veces entra a examinar la oportunidad del acto, pero con criterios discrecionales. Pero así mismo es válido señalar que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el órgano jurisdiccional recoge material de derecho

privado, relaciones jurídicas ajenas, igual que podría hacerlo en un proceso, aunque con la diferencia fundamental de que no existe en ella el elemento sustancia de todo proceso que es la pretensión procesal.

A juicio de Solís (2005) esto parece que no puede ser un elemento diferencial entre ambas jurisdicciones ya que en principio el poder de conocimiento del juez a los fines de reunir los elementos necesarios para hacer actuar el derecho en el caso sometido a su consideración no depende en su extensión sino de la mayor o menor complejidad material de la cuestión propuesta, del acuerdo o desacuerdo de las partes o del carácter ordinario, especial o sumario que la ley pueda atribuir a cada procedimiento.

Sea como fuere, a pesar de las desavenencias entre los autores, lo que debe quedar claramente establecido, como lo sostiene el propio COGEP, es que el rol de un juez está en promover en todo momento del proceso la vía voluntaria en lugar de la contenciosa, y una vez acordada la jurisdicción voluntaria proceder de conformidad.

1.5 La mediación

1.5.1 Concepto

La mediación puede ser entendida como un medio para solucionar controversias, cualquiera que sea su denominación, con el cual al menos dos personas procuran de manera voluntaria lograr por si mismos un acuerdo con la ayuda de una tercera persona que funge como mediador (Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2012). Así lo entiende la Ley 5/12 de España en su artículo 1.

Hay una diferencia importante que es muy importante aclarar y es la que existe entre la mediación judicial y la mediación extrajudicial. La primera, también llamada intrajudicial, no es aquella que realiza el juez como mediador, sino que se inicia cuando el juez que ha conocido

primeramente la causa en un procedimiento judicial, deriva el caso a un mediador con el propósito de que las partes puedan solucionar la controversia prescindiendo del juzgado. En la mediación extrajudicial, en cambio, se inicia y desarrolla el procedimiento sin que intervenga derivativamente un juez (Llopías, 2016). Debe entenderse entonces que el artículo 294 se refiere a una mediación intrajudicial porque el juez conoce en audiencia preliminar y si se acepta la mediación entonces se remite al centro de mediación.

El Consejo General del Notariado, en sus diferentes estudios reflejados en la Revista Jurídica del Notariado (2017) concluye que para que funcione la notaría como un espacio para la combatir el retardo procesal es necesario que los particulares y los operadores jurídicos tengan conocimiento de la mediación. En este sentido, tanto la mediación judicial como la extrajudicial requieren que exista un trabajo de acercamiento y promoción para que pueda implantarse de manera efectiva en la sociedad. Tal labor debe comenzar divulgando la información y el conocimiento a los particulares acerca de la gestión y resolución de conflictos; y por otra parte debe hacerse una identificación correcta de las autoridades implicadas en la mediación de los casos que pueden ser tramitados por tal vía.

La mediación tiene la virtud de consistir en un procedimiento expedito, sin tantas formalidades, sin la necesidad de abogados, pudiendo solucionar un conflicto en una sola audiencias garantizando plena confidencialidad, informalidad y economía procesal, por lo que se benefician las partes y el propio Estado como administrador de justicia- optimización de la administración de la justicia-, especialmente si se compara con las dificultades intrínsecas de los procedimientos ordinarios.

Siempre será recomendable practicar la mediación, pero esta tiene una mejor aceptación si es palmariamente visible que las razones no jurídicas representan el verdadero problema, o el principal problema entre las partes, por lo que deben considerarse tales razones para resolver el conflicto. En otras palabras, los conflictos que tienen la facilidad de ser mediados son aquellos

en los que se manifiesta un aspecto emotivo entre las partes, una relación personal en relación de la familiaridad, o de la proximidad vecinal, amistosa, pasional, entre otras, que es diferente a las relaciones que surgen a raíz de un contrato o como producto de un delito. Pero como ya se ha dicho, la mediación debe penetrar cada rama del derecho, de ahí que haya tenido éxito en supuestos societarios, como los que se refieren a empresas familiares, o las ejecuciones de hipotecas.

Señala Llopías (2016) que para que la mediación sea exitosa, es importante que se prueba en espacios públicos como privados. En este sentido, tal trabajo de promoción debe ejercerse en dos esferas. Por un lado, por los profesionales del derecho que tienen acceso personal con los beneficiarios y posibles beneficiarios de la mediación, como lo son los abogados litigantes y los propios notarios.

El marco legislativo vigente contempla- aunque solapada o tímidamente- la figura del mediador y los órganos de mediación como las instituciones del derecho público que tienen entre sus objetivos impulsar la mediación donde facilite el acceso y la administración de la justicia a través de tal mecanismo, debiendo también designar los mediadores y garantizar la imparcialidad y la transparencia en la designación y en las cualidades del notario.

Por otra parte, es fundamental para la implementación de la mediación que los jueces se concienticen. El sistema de justicia, los órganos sus judiciales, deben darle un voto de confianza a la mediación y no subestimarla ni al notario, ni a cualquier mediador, y al contrario, comprender que es un mecanismo complementario para alcanzar la tutela judicial efectiva (Llopías, 2016).

En este punto, se pretende refutar diametralmente el planteamiento de Llopías argumentándose que la mediación debería dejar de concebirse como un instrumento complementario y consolidarse como el vía principal para alcanzar la tutela judicial efectiva

teniendo no ya el juez y el aparato del Estado como los grandes decisores sino con el ciudadano como protagonista de su propia búsqueda de la justicia.

En todo caso, para que la mediación funcione los jueces deben estar bien informados de sus ventajas, entre ellas, que en el proceso judicial, los jueces y las partes, deben sujetarse a las peticiones que están contempladas en la demanda y en la contestación, mientras que en la mediación, incluso una vez iniciado el procedimiento, pueden tomarse en consideración otros elementos en pro de la solución del conflicto. Otra ventaja que observa Llopías y con la cual se coincide plenamente y es un punto neurálgico de esta investigación es que cuando las causas derivan en mediación judicial lógicamente se disminuye el número de procesos judiciales.

Con tales ventajas incuestionables es conveniente que las leyes procuren que se compagine la regulación de la mediación con respecto a los procedimientos judiciales. En palabras llanas, que no deje de abrirse la posibilidad de acceder a ella, como una especie de vía de retorno para que se encarrilen el caso en mediación. Por esto también es necesario la reforma, favoreciendo la figura del notariado, para que los jueces transfieran el caso a la mediación, sin que ello implique una desmejora de la justicia, un agravio a las partes o un perjuicio contra el desarrollo del proceso.

De esta manera, cuando se inicie voluntariamente una mediación judicial en medio de un proceso judicial en curso, las partes acuerdan solicitar la suspensión de conformidad con lo establecido en las leyes, en el caso ecuatoriano el COGEP. Esta solicitud también puede ser hecha por el juez si considera que el caso puede ventilarse por la mediación. Por otro lado, la mediación no se limita a lo civil o mercantil, teniendo cabida en la rama laboral, en la contenciosa administrativa, incluso la rama más delicada de todas, la penal, no es ajena a la posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes a través de la mediación; por supuesto considerando las particularidades de cada uno de los casos.

Ahora bien, la mediación que practica la notaría tiene jurisdicción en toda clase de conflictos entre personas, bien sea naturales o jurídicas, con las cuales pueden llegarse a acuerdos empleando para ello soluciones que se caractericen por su creatividad y amistad. Se quiere que le mediación genere mutuos beneficios que el notario pueda conducir una relación de ganar-ganar. Gracias a su experiencia y preparación profesionales, el notario adquiere muchas de los elementos propios de la mediación, es decir, que se preparado, independiente, imparcial y que garantice la seguridad jurídica.

La mediación a través del notariado es la respuesta a las vías alternativas a los tribunales para la solución de conflicto; es el espacio para poner en marcha un proceso de mediación; es una alternativa más económica, y posiblemente óptima con respecto a la vía judicial; y aunque estén detalladas sus competencias, siempre que cumpla con los requisitos, los usuarios pueden recurrir a ella para tocar cualquier ámbito. El notario, en su rol de funcionario del Estado y experto en Derecho, asesora a los ciudadanos y por supuesto ejerce como mediador contribuyendo con la solución de conflictos civiles, familiares, mercantiles, o de cualquier otra índole, evitando tener que acudir a un juicio (Linage, 2017)

Linage (2017) entiende la mediación como un procedimiento para solucionar desavenencias de forma privada y pacífica con un mediador como director que aboga por el dialogo entre las partes afectadas. Es también una alternativa que sobresale por su rapidez y economía, y que se aplica a un buen número de controversias entre particulares y empresas para que lleguen a un acuerdo.

Señala Linage que el Consejo General del Notariado, en España, se ha abocado de tal manera a la promoción de la mediación que han desarrollado una infografía donde se detallan los pasos que se siguen en el proceso de mediación, lo cual incluye una etapa informativa, el proceso de mediación per se, y el acuerdo. En la etapa informativa se presenta de forma general el proceso de mediación y se les explica a las partes los pilares fundamentales de la mediación, las cuales

son que sea voluntario, esto es, sin coacción alguna, que haya imparcialidad, que sea confidencial y que sea flexible. Al fallar alguno de estos pilares entonces la mediación como mecanismo aumenta sus posibilidades de fallar.

En la fase de proceso de mediación se crea un espacio para el diálogo, con el propósito de que las partes puedan adquirir una visión compartida de la controversia. El notario, en su rol de mediador, identifica los temas e intereses que tiene cada una de las partes y convocará a cuantas sesiones crea convenientes, pudiendo hacerla de forma individual, a fin de definir los intereses y las alternativas para lograr un consenso. El propósito entonces es que converjan intereses comunes y que se generen ideas, se aporten soluciones y fundamentalmente que se planteen acuerdos.

Una vez se obtiene el acuerdo, el notario mediador redacta el acta final con los acuerdos logrados y la posibilidad de otorgarle al documento una fuerza ejecutiva. Con ello se persigue que la parte que no cumpla con los acuerdos se vea compelida a cumplirlos en un procedimiento de ejecución judicial en la cual el juez se limitaría a obligar a la parte que incumplió a que cumpla lo acordado en la mediación.

Si no se llega a un acuerdo en el acto de mediación, lo cual es enteramente posible aunque afortunadamente poco probable, bien sea porque una de las partes dé por finiquitadas las actuaciones, o haya transcurrido el tiempo acordado para la duración del procedimiento sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, o simplemente porque el notario considere que las posiciones de las partes son irreconciliables; en este caso, el notario procede a redactar un acta final en la que se recoge la conclusión del procedimiento sin acuerdo, el cual es firmado por ambas partes.

1.5.2 Mediación y conciliación

De acuerdo con Soto Guerrero (2012) la doctrina acepta diferenciar entre la mediación y la

conciliación. Sin embargo, incluso entre juristas no se han puesto de acuerdo en cual debe ser el criterio universalmente aceptado. Una postura, representada por prominencias como Carnelutti, señala que no hay diferencias estructurales entre la mediación y la conciliación pues en ambos casos se trata de un tercero que interviene con el propósito de inducir en la relación de dos personas con intereses jurídicos en conflicto. En estos mecanismos extrajudiciales los beneficios son claros pero no se visibilizan bien las diferencias por lo que se confunden la figura del mediador con la de conciliador.

Es claro la relación de costo beneficio de los medios alternativos pues con ellos se logra mayor respeto por la justicia, soluciones más rápida, y a un costo mucho menor. Soto Guerrero (2012) ilustra la tendencia de los prácticos a favorecer la composición de los litigios a través de convenios entre las partes con un adagio sencillo: Más vale una mala transacción que un pleito.

Por otra parte, estudiosos en la materia como Bellido Penadés y Cucarella Galiana sostienen que entre la mediación y la conciliación sí existen diferencias; en este sentido la diferencia estriba en que el mediador es quien propone soluciones mientras que el conciliador tiene una actitud más pasiva. Sostienen también que en la conciliación son las partes quienes resuelven el conflicto de intereses entre ellas mismas limitándose el conciliador a aproximar las posiciones de las partes. En contraste, en la mediación el tercero tiene una intervención más activa, busca la solución a la controversia y para ello realiza propuestas que ofrezcan solución.

En medio de este dilema se admite la complejidad que trae delimitar los términos porque es difícil identificar quién actúa como mediador y quién actúa como conciliador, de tal manera que hay una línea muy fina entre una figura y otra de un sujeto que también es un tercero neutral. El estudio tales figuras y el esfuerzo por diferenciarlas, obliga a responder a una serie de preguntas de ardua reflexión, tales como: ¿la capacitación de un mediador es diferente a la capacitación de un conciliador? ¿Dónde radicarían tales diferencias? ¿Si un conciliador tiene una propuesta para solucionar el conflicto debe callársela porque de lo contrario quedaría como

un mediador? Las respuestas obligarían a formular nuevas preguntas y muchos debates sobre la importancia o la necesidad de mantener diferenciadas estas dos figuras fundándose en los criterios de comportamiento y función como tercero neutral en la controversia.

Para Soto Guerrero (2012) mediación y conciliación deben tratarse como sinónimos, y que tan solo basta con que la autoridad pregunte a las partes si desean que en su condición pueda emitir algunas recomendaciones, sugerencias o propuestas para encaminarse hacia la resolución, o simplemente desean las partes que el mediador o conciliador se ciña a lo que ellos acuerden de forma voluntaria y por su propia cuenta. La diferencia entonces no estriba en la labor del tercero neutral sino que la conciliación tiene una tradición más civilista mientras que la mediación es una herramienta que es más propia de los países anglosajones, principalmente de Inglaterra y sobre todo de los Estados Unidos.

En definitiva, diferenciarlas es una tarea que incluso se hace innecesaria. La mediación se entiende como un procedimiento voluntario por el cual al menos dos personas relacionadas por una controversia, deciden ser asistidos por un tercero imparcial, quien, en conjunto con las partes, participa para dirimir el conflicto y elaborar un acuerdo que le ponga fin como resultado de las comunicaciones que el mediador ha propiciado. Mientras que la conciliación también es un procedimiento voluntario entre al menos dos personas que tienen una controversia y que también se ven ayudados por un tercero que interviene al efecto de solucionar el conflicto.

En cuanto al COGEP, la conciliación y la mediación está diferenciados por las competencias y en el propio articulado. La conciliación tiene entre sus prioridades la obtención de una salida amistosa a la controversia planteada, para lo que se le otorgan amplias facultades al juez con el propósito de que busque y promueva soluciones, y que se termine el proceso lo antes posible. En este orden de ideas, el COGEP insistente tanto en el asunto de la conciliación que aun fracasando todo intento de conciliación con el juez, se da la posibilidad que éste llegue a suspender los trámites referidos a la audiencia y se derive el caso hacia un centro de mediación,

entre los que se debe destacar la notaría, y que se hace con el propósito de que las partes intenten nuevamente llegar a un acuerdo. De darse en efecto el acuerdo, entonces el juez emitirá la sentencia, y si es parcial el acuerdo o no hay acuerdo, constará así en auto y se continuará con el proceso en cuanto a lo no conciliado (Ramírez, 2015).

1.6 El notario

1.6.1 Concepto y funciones

El notario es el funcionario público que se encarga de dar fe, de los acto o contratos que se realicen en su presencia como autoridad; su actuación se constata mediante una escritura pública donde se deja evidencia que el notario ha investido todo acto o contrato de fe pública y le da validez en los sistemas jurídicos (Albán, 2013). Señala el autor, que esta institución pública no es ajena a sistemas jurídicos antiguos como el romano o el germánico, siendo un denominador común de la justicia de otrora, pero que no ha ocurrido de la misma manera en los sistemas jurídicos anglosajones.

El notario es entonces un profesional del derecho, que tiene fe pública delegada por el Estado, para autenticar actos, contratos y cualquier otra figura jurídica que se celebre en su sede. La capacidad para dar fe pública se da de conformidad con las leyes, y a su vez reviste de legalidad y seguridad jurídica los hechos y actos que ante él se presentan y que terminan siendo consagrados como instrumentos públicos que tienen validez probatoria en cualquier procedimiento legal.

De acuerdo con el artículo 200 de la Carta Magna, los notarios son depositarios de la fe pública; y son nombrados por el Consejo de la Judicatura después de celebrarse un concurso público de oposición y méritos, el cual es sometido a impugnación y control social. Para aspirar a ser notario se requiere poseer título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en la república, y haber ejercido como abogado por un periodo no menor de tres años y además con

notoria probidad. Los notarios estarán en funciones por un periodo de seis años y pueden ser reelegidos para un periodo más. La ley se encarga de establecer sus estándares de rendimiento y las causales para sus destitución (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008).

El notario ejerce sus funciones dentro de un marco constitucional y legal, y se pronuncia sobre hechos jurídicos procurando darle seguridad, validez y estabilidad al acto notarial. La función notarial en el Ecuador se había regido por diversas disposiciones contenidas en leyes diversas, hasta que en noviembre de 1966 se expide la Ley Notarial. Desde entonces, la actividad de los notarios en el país se rige por su propia ley, al a cual deben sujetarse las autoridades y beneficiarios para su ejercicio. Las reformas y mejoras de las notarías se han venido desarrollando hasta la actualidad con la Ley Reformatorio de la Ley Notarial que amplía las competencias del Notario para que no solo de fe pública sino también que medie sobre los asuntos que son sometidos a su conocimiento.

Aunque en un estado incipiente de las notarías los notarios se dedicaban solo a la redacción de instrumentos legales, con el paso del tiempo se fue desarrollando esta órgano de la justicia, adquiriendo la capacidad de dar fe pública y ahora de mediar. Por lo general, las notarías cumplen con las siguientes funciones. Función receptiva, que es la que realiza el notario cuando es requerido, recibiendo a los usuarios personalmente con términos sencillos ofreciendo la información de cualquier asunto jurídico que sea de su competencia y que se desea solemnizar con la voluntad y acuerdo de las partes interesadas. El notario tiene una función asesora pues orienta y direcciona a los usuarios sobre los actos, contratos o negocios que pretenden celebrar; ya no es solamente informar sino también opinar sobre qué es lo conveniente para los usuarios.

El notario también tiene una función legitimadora. Esta la desarrolla el notario cuando verifica que las partes interesadas en el acto, contrato o negocio, son en efecto los titulares del derecho, y califica la representación en los que casos que haga, de acuerdo a lo establecido en la ley y que a su criterio considera válido y suficiente. Tiene una función modeladora pues para

darle legalidad a lo manifestado voluntariamente por las partes, las debe encuadrar dentro de las normas que regulan el acto. Tiene una función preventiva pues tiene el deber de prever circunstancias que sobrevengan a futuro y debe evitar que se ocasione un conflicto posterior, por lo que debe prevenir de tales efectos a las partes actuantes. Finalmente un notario tiene una función autenticadora ya que estampa su firma y sello y ello le da autenticidad al negocio, acto o contrato, otorgándole a éstos certeza y autenticidad jurídica, por la fe con las cuales han sido investidos.

Un notario, además de cumplir con las formalidades legales inherentes, debe en su ejercicio también ser neutral o imparcial, no estar a favor de ninguna de las partes por ningún motivo. Debe ser un buen oyente y debe tener habilidades para identificar cuáles son los elementos más importantes de la controversia. Debe también tener capacidad para separar los aspectos objetivos de los aspectos subjetivos que puedan afectar la relación de las partes. Debe tener creatividad para generar soluciones a cada situación en particular, y debe tener la capacidad de generar estructuras que faciliten la obtención de acuerdos beneficiosos para las partes. El notario mediador debe ser una persona ideal, apta y capacitada, imparcial, eficiente, justa, reservada con solvencia moral, honrado, de buena reputación, con aptitudes idóneas y libres de estereotipos, prejuicios, y subordinaciones ideológicas, de género y de cualquier otro tipo.

1.7 Competencia del notario según Artículo 18

Entre las principales competencias que tienen los notarios según el artículo 18, es la de autorizar todo tipo de actos y contratos que tienen que ver directamente con la elaboración, traspaso, herencia, entre otras de escrituras que se realiza a través de la diferentes notarías existentes. Otra atribución del notario era de protocolizar todo tipo de instrumentos públicos o de carácter privado que intervenga en relación a una orden judicial, donde existe una parte

interesada. También función del notario es la autenticación de firmas ubicados en un documento que valida el contrato o convenio de las partes. La existencia de personas naturales y su supervivencia es parte de la fe pública donde intervienen notario

También tienen las atribuciones de levantar todo tipo de protestos realizados en letra de cambio o pagaré, contribuye a la intervención de remates y sorteos a pedido de una de las partes. También participa en declaraciones juramentada de un dominio, con la presencia de testigos que permita corroborar acuerdos o procedimientos establecidos en la ley. El notario trabaja también en la declaración juramentada que se dan a todo tipo de donaciones, donde participa también testigos que justifique en la donación del bien y a la vez garantice su existencia. Otra competencia de los notarios es la posesión efectiva que a través de una declaración juramentada dan la sucesión de los bienes de una persona difunta a sus herederos.

Permite la liquidación o disolución de la sociedad de hecho en los conyugues, con el reconocimiento de firma ante notario, acompañado de la partida matrimonial o el reconocimiento de la unión de hecho, el acta se le entrega en notaría para después ser llevada al registro civil para los trámites de ley pertinente. El notario se encarga también de protocolizar las capitulaciones matrimoniales, poderes, revocatorias, inventarios, entre otros con el fin de que sus negocios se ha administrado adecuadamente. Se establece también la actuación del notario en el momento de que se establece una promesa de contrato y la gestión de las obligaciones pertinentes. Además, la competencia notario en lo que se refiere a testamentos cerrados, registro de firmas, tramitar divorcios de mutuo consentimiento, liquidación de la sociedad conyugal, administración de los bienes una personas declarada reo, entre otras actividades de petición y declaratoria asignada al notario.

1.8 Competencia notarial de celebrar matrimonios

En el Ecuador el contingente de matrimonio según el Instituto nacional de estadísticas y censo INEC (2018) existieron 60.353 nupcias entre el año 2016 y 2017, estadística que detalla que la ciudadanía ejerce el proceso matrimonial, por lo que se requiere mejorar y actualizar el desarrollo jurídico, considerando reformas a la ley notarial, desatando la facultad que tiene el notario en derecho a la familia.

El notario con base a la fe pública que posee, puede llevar a cabo el contrato matrimonial entre los contrayentes, garantizando la voluntad de las personas en la unión y vínculo establecida. Simplemente es una institución jurídica, que lo establece la constitución de la República como un derecho que tienen las personas para conformar una familia. La situación radica que normalmente el matrimonio es un evento celebrado por las partes contrayentes, sin embargo el registro civil ubica previa cancelación de valores y trámites una fecha, lugar y hora para que las partes acudan a dicho acto matrimonial.

Asignar la competencia un notario del matrimonio, permite un mejor servicio a la ciudadanía, despertando el interés de manera inmediata, económica y por imagen de los contrayentes. Un ejemplo se puede citar la ciudad de Guayaquil que cuenta con el registro civil municipal y del gobierno, sin embargo, el desplazamiento para celebrar un matrimonio solamente se lo hace en lugares específicos, la notarías están ubicadas en diferentes sectores y existen en la ciudad más de 80 recintos notariales, esto asemeja una diferencia amplia en relación al registro civil. La unión de la familia fortalece al matrimonio, por lo que se le debe de dar la ventaja a los ciudadanos para que contraigan nupcias con el fin de tener una mejor sociedad.

La competencia notarial, ya se da en otros países a nivel internacional, existen avances al celebrar el matrimonio civil en países como España, Costa Rica y Colombia que combinado

con las nuevas tecnologías mejoran el trámite de documentos y movilidad de los ciudadanos para que la información permanezca de manera electrónica en el registro civil y en la misma notaría, dando beneficio a los ciudadanos, mejorando el nivel de vida de la familia y forjando un desarrollo sostenido para el Estado.(Mantilla, 2018)

1.9 Derecho comparado

A fin de realizar un derecho comparado que pueda ser satisfactorio, útil y explicativo de la normativa ecuatoriana, se han elegido países que conciban el derecho de una forma similar, siendo en los países anglosajones el ejercicio de las leyes bastante diferentes a cómo se ejerce en el país. Ello conllevaría a un estudio extenso solamente para explicar las grandes diferencias entre ambos sistemas de derecho por lo que es preferible estudiar la legislación tomando en cuenta cuerpos normativos lo más similares posible.

Es decir, el propósito de realizar un estudio de derecho comparado en este trabajo de investigación no es obtener características generales entre el derecho ecuatoriano y otras formas de concebir el derecho, sino que el propósito se concentra en un asunto bastante específico, el cual es la mediación. De tal manera que los aspectos generales del derecho deben ser lo más parecido posible para entonces cotejar los detalles, procedimientos o mecanismos específicos de cada legislación, en este caso, de la mediación en asuntos civiles. En consecuencia se han elegido los países de España, México y Venezuela. La selección ha sido arbitraria, sin mayores criterios que los arriba expuestos, de tal manera que bien pudiera haberse elegido otros países como Bolivia, Perú, Uruguay, etcétera, incluso Colombia, aunque por sus propias particularidades, sus mecanismos de mediación se especializan en una paz más nacional como lo demuestra la ley 975 de 2005. A medida que se haga una explicación de la legislación de cada país se hará también acotaciones oportunas que permitan la comparación y análisis entre la legislación foránea y la legislación ecuatoriana.

1.9.1 España

Del país europeo se hereda el sistema de justicia ordinario vigente en el Ecuador (en detrimento por mucho tiempo y aún sin superar del de justicia indígena ancestral) lo cual justifica por sí misma su pertinencia para hacerle un estudio comparado. Entre los elementos de la normativa española resalta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El preámbulo de dicha ley señala que una ventaja de la mediación es su capacidad para proveer soluciones con practicidad, efectividad y rentabilidad a determinados conflictos entre las partes y esa capacidad la convierte en una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que tiene que deslindarse claramente. De acuerdo al preámbulo la mediación consiste en la intervención neutral de un profesional, que funge como facilitador para solucionar un conflicto de las partes, garantizando la equidad y manteniendo el control sobre el final del conflicto.

La mediación la entiende el derecho español como la desjudicialización de determinados asuntos que podrían tener una solución que se corresponda mejor con las necesidades e intereses de los sujetos procesales involucrados en el conflicto, en contraste con que podría derivarse de la previsión legal. La mediación es también una fórmula de autocomposición, un instrumento con eficacia destinado a resolver las controversias cuando el conflicto afecta derechos subjetivos disponibles. Más importante aún y más afín con lo que pretende ilustrarse en este trabajo de investigación, el ordenamiento español concibe la mediación como una institución consagrada a la paz jurídica, mientras que hace lo propio con los tribunales de justicia como un último remedio, es decir, en las situaciones cuando no es posible resolver la situación con la mera voluntad de las partes. La mediación en España también tiene otra característica que atañe a la legislación ecuatoriana y es la posibilidad de ser un hábil auxilio para que se reduzca la

carga de trabajo de los tribunales de justicia, al reducirse su intervención a las causas en la que las partes no han podido ponerse de acuerdo para ponerle fin a la controversia.

Este planteamiento, apenas descrito en el preámbulo de la ley, deja bastante claro que debe existir un paralelismo bien definido entre las autoridades competentes y los asuntos que debe regular, siendo los asuntos contenciosos propios de los tribunales ordinarios y los asuntos no contenciosos o voluntarios aquellos que son canalizados a través de mecanismos alternativos.

Este instrumento internacional pudiera indicar que no es necesario el numeral 6 del artículo 294 del COGEP y que los asuntos deberían de ventilarse por la notaría directamente, como en efecto se contempla con la Ley Reformatoria de la Ley Notarial. Sin embargo, cuando las partes acuden a tribunal de primera instancia lo hacen bajo la condición que se expuso en el párrafo anterior, es decir, cuando las partes no se han puesto de acuerdo para solucionar el conflicto. En este caso, uno de los propósitos del juez de primera instancia, en audiencia preliminar, es persuadir a las partes de que canalicen la controversia a través de la mediación. Es decir, la existencia del numeral 6 del 294 no perturba o incide negativamente en la mediación como mecanismo de conflicto, al contrario, lo refuerza.

Volviendo al preámbulo de la ley, que tiene fundamentos importantes, advierte que las exclusiones que tiene previstas no son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes. En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto. Con el fin de facilitar el recurso a la mediación, se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo. Si la mediación la lleva el notario entonces es casi una garantía la reducción de los tiempos en

la resolución de conflictos que disminuyen de nueve meses en promedio a unas pocas semanas.

De acuerdo con Consejo General del Notario de España, en el año 2017, la tasa de religiosidad se ubicó en 126 pleitos por cada mil habitantes, lo cual representa aproximadamente 6 millones de casos. También en dicho año se determinó que una causa tardaba en resolverse, en promedio, 4,8 meses en primera instancia y en segunda instancia 4,1 meses. En cuanto a casos llevados por el Tribunal Supremo el tiempo promedio para solventar un litigio era de más de catorce meses. En cuanto a jurisdicciones, el órgano judicial que sufre periodos de resolución más extendidos es el contencioso administrativo, en el cual se ha calculado que un caso puede tardarse en promedio hasta diez meses para obtener una solución judicial. En la jurisdicción civil, resalta la involución de los juzgados mercantiles, a los cuales les consta que a partir del año 2011 la duración de los casos ha ascendido de los 28,2 meses en promedio, hasta los 49 meses que se promediaron en el año 2017 (Consejo General del Notariado, 2018).

En el caso español resulta claro que la mediación notarial es bastante más económica que el procedimiento judicial debido a se evita incurrir en gastos de procurador, o en tasas judiciales, y tampoco exista la condena a costas. Por otra parte, los acuerdos que se alcancen en una mediación tienen carácter vinculante y cuando se elevan a escritura pública se les da la máxima seguridad jurídica.

Aliviar la carga procesal de los juzgados y tribunales y encontrar vías más adecuadas para resolver los conflictos entre individuos y personas jurídicas son necesidades del sistema de justicia que lograron impulsar la mediación como alternativa a la solución de conflicto, entre otras vías creadas. El Consejo General del Notario reconoce que aunque la mediación sea prácticamente una garantía de la contracción del tiempo del conflicto de varios meses a pocas semanas, sigue siendo un procedimiento pocas veces utilizado por los españoles; pero también es cierto que cada vez son más los ciudadanos que recurren a la mediación por las ventajas que

ofrece, entre ellas la rapidez, que contrae el tiempo como ya se ha expuesto.

1.9.2 México

La legislación de los Estados Unidos mexicanos en materia de mediación y conciliación presenta una gran diversidad debido a que varios Estados que integran al país se rigen por su propia ley en la materia. Así lo da a conocer Soto Guerrero (2012) al exponer que las entidades federativas mexicanas han desarrollado legislación con base en tres instituciones: mediación, conciliación y arbitraje con el propósito de que el hombre de calle tenga instrumentos jurídicos para obtener la seguridad y la justicia y lograr la paz social. Tales instrumentos nacen también de las deficiencias de la impartición de justicia.

El autor estudia tres leyes en específico. La ley de mediación y conciliación del Estado de Aguascalientes, la Ley de justicia alternativa para el Estado de Baja California, y la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato. La primera persigue que los involucrados resuelvan voluntariamente su controversia; los mediadores y conciliadores pertenecen al Centro de Mediación del Poder Judicial pero también pueden actuar jueces menores e incluso instituciones privadas y personas físicas siempre y cuando estén certificados y registrados por el centro de mediación.

Un punto a favor de la legislación mexicana es que su federalismo podría contribuir a mejorar la capacidad de los centros de mediación. Es decir, si se opta por descentralizar operacionalmente la justicia, también sería correcto hacerlo de manera legislativa, con instrumentos jurídicos que se apropien a la realidad de cada Estado, leyes con las cuales los beneficiarios se sientan identificados, más en un asunto donde la justicia abandona la formalidad y el conservacionismo para adaptarse a los tiempos modernos.

En la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California la materia de la

controversia a solucionar es aquella vinculada con bienes e intereses de carácter privado. No obstante, también es posible que la mediación tenga competencia sobre asuntos penales, y en este caso pueden intervenir funcionarios del ministerio público como mediadores oficiales del procedimiento.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato tiene como propósito la regulación de la mediación y la conciliación como formas de autocomposición asistida de los conflictos entre las partes involucradas. De aquí vale resaltar el empleo de la expresión “autocomposición asistida” porque necesariamente implica que un tercero, intervengan como mediador con el carácter de parcialidad y neutralidad que le exige la ley para que pueda desarrollar debidamente sus funciones en la resolución de la controversia. Sin embargo, Soto Guerrero (2012) advierte que al plantearse en esos términos se presta para una contradicción pues más que hablar de autocomposición, la realidad es que se está en presencia de dos expedientes heterocompositivos, estos son, la mediación y la conciliación.

Las materias sustantivas a que se refiere la ley de Guanajuato son aquellas sobre las que los individuos disponen de manera libre o privado, por lo tanto no afectan el orden público. El procedimiento de mediación está a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa, como órgano dependiente del Supremo Tribunal de Justicia, aunque también se establece la prestación de los servicios de mediación y conciliación por instituciones privadas; aunque como puede fácilmente inferirse, su costo lo haría menos atractivo para las partes.

1.9.3 Venezuela

En cuanto al país caribeño cabe hacer mención a tres figuras: la transacción, regulada en los artículo 255 y 256, la conciliación, normada de los artículos 257 al 262, y la jurisdicción voluntaria que está contemplada a partir del artículo 897, todos los artículos pertenecientes al Código de Procedimiento Civil (Pinto & Piva, 2004). Bermúdez (2012) sostiene que la

autocomposición del proceso puede ser de varias maneras: una manera es bilateral, a través de la transacción y la conciliación; y la unilateral que es cuando se desiste de la demanda, pero que están excluidas cuando se refieren a asuntos de orden público.

La transacción se entiende como un convenio de las partes para dar fin a un pleito comenzado siendo un negocio jurídico material, no procesal, porque sus actos se realizan fuera del proceso y lo que importa es el hecho ya celebrado y la homologación del juez (Bermúdez, 2012) La conciliación, por su parte, puede ser excitado por el juez a las partes involucradas en cualquier estado y grado de la causa; pero no puede promoverse la conciliación cuando se traten de materias en que estén prohibidas las transacciones.

De acuerdo con López Dahdah (2006) aunque la mediación esté consagrada en el artículo 258 de la Constitución donde se establece que la ley promoverá la mediación como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, no ha tenido la promoción, divulgación o impacto que debería tenerse, aunque reconoce que su flexibilidad, brevedad, economicidad e informalidad resultan cada vez más atractivos para los beneficiarios de la justicia. De acuerdo con la autora la mediación es importante porque permite que el ciudadano tenga acceso a la justicia y se le garantice así el principio de la tutela judicial efectiva, principios ambos que están en la Constitución venezolana y que se corresponden con otros de sus principios establecidos en el artículo 26, que contempla que el Estado debe garantizar una justicia, entre otras características, gratuita, idónea, expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (López, 2006).

En el caso venezolano se presume que ha faltado voluntad para construir una cultura jurídica para la mediación y la conciliación. Sin embargo, con sus ventajas y desventajas, la mediación aparece contemplada en varios instrumentos jurídicos como la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente, el Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio, el Código Orgánico Procesal Penal, la Ley Orgánica de Justicia y Paz,

entre otros.

1.10 Sentencia 011-18-CN/19 de la Corte Constitucional

La corte constitucional del Ecuador emite la siguiente sentencia con base a las atribuciones constitucionales y legales, donde en el tribunal de la sala penal del pichincha, considerando una acción de protección en los derechos humanos reconoce el matrimonio de personas con un mismo sexo, y que existe compatibilidad con lo manifestado por la constitución de la República del Ecuador en el artículo 67 de que indica que el matrimonio se debe de dar entre un hombre y una mujer.

Motivo por lo que la corte constitucional del Ecuador interpreta a dicha norma constitucional, y plantea los derechos jurídicos que tienen las personas de interpretar y aclarar la normativa constitucional. Son muchos los factores polaca la sentencia salió a favor, entre las principales está la violación lo derecho humano a las personas con diversa identidad que están sujeta a discriminación en los espacios públicos y privados.

Entre las principales acciones de discriminación, lo derecho humano consideran a la violencia y los prejuicios cometidos a la comunidad LG BTI, de igual modo en la corte constitucional se manifestó los problemas inconveniente que se suscitan en la relación de parejas de igual sexo, incluyendo los atropellos judiciales y el irrespeto existente. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019)

Existe dentro de la sentencia, la palabra instrumentos internacionales, donde se establece la fuente del derecho y la garantía respectiva, además del contenido y el alcance de la ley. Existen dos tipos de instrumentos que son los convenios y los instrumentos de derechos humanos, el convenio se establece directamente por parte de la regulación legal vertida en la constitución de la República y leyes que predicen, sin embargo la parte de instrumentos internacionales requieren simplemente declaraciones del organismo de derechos humanos.

CAPITULO II

MARCO METODOLOGICO

2.1 Metodología

La presente investigación se apega al paradigma constitucional y a las corrientes que abogan por la descongestión de la justicia y los principios generales del derecho procesal. Más aun, considera que la jurisdicción voluntaria está encaminada a la prevención del litigio o del conflicto. No hay por lo tanto un cuestionamiento negativo sobre su figura jurídica en cuanto a su funcionamiento y razón de ser, sino que se promueve su utilidad y se defiende su figura como mecanismo para beneficiar no solo a las partes sino al sistema judicial. Ello no significa que se hagan alusiones respectivas a cuestionamiento de la jurisdicción voluntaria por parte de algunos autores.

2.2 Fundamentación de los métodos a utilizar

2.2.1 Métodos teóricos

Puede aplicarse un método histórico jurídico en el sentido que la jurisdicción voluntaria aunque intenta cambiar algunos paradigmas y reforzar otros vigentes, es una aspiración histórica de cada sociedad y civilización. Así lo afirma Fernández de Buján (2011) al decir que en la Edad Media los índices chartularii por su especialización judicial, llevaban el negocio de la jurisdicción voluntaria que representaba el 10% de los casos civiles. De igual manera, se puede hacer referencias a periodos más cortos y circunscritos a la realidad ecuatoriana donde se remita a los orígenes de la jurisdicción voluntaria en el país.

Un método fundamental es el jurídico doctrinal pues es importante el estudio de las leyes pertinentes y su relación con la jurisdicción voluntaria. Implica un delicado estudio de la

Constitución, del Código Orgánico General de Procesos y de la Ley Reformativa de la Ley Notarial (2016) donde también se establezca una relación entre tales textos normativos y su vinculación con la jurisdicción voluntaria y el rol de juez. De hecho es gracias al estudio de las leyes, como la Constitución que surge parte de la construcción del marco teórico.

Para la propuesta de reforma del artículo 294 del COGEP se empleará especialmente el método análisis síntesis ya que es importante descomponer el artículo, analizarlo por partes, añadir la reforma, para luego ensamblarlo. Es prácticamente un trabajo de ingeniería jurídica que exige de la reforma una solución efectiva y no una propuesta que agrave la situación o sea de una influencia insignificante.

En cuanto al método inductivo deductivo se reflejará en los aportes de los entrevistados y en el estudio de casos, de darse la oportunidad. Se parte de las inducciones para poder construir el marco legislativo que se materializa en la propuesta de reforma legal que pretende desarrollarse en este trabajo de investigación.

Las interpretaciones de los textos normativos, principalmente el artículo 294, que pretende modificarse, requerirá del esfuerzo del método exegético jurídico. Finalmente, con respecto al método jurídico comparado es posible emplearlo siempre que se haga referencia a contextos internacionales, donde se estudie el rol del juez y la jurisdicción voluntaria y se coteje con la realidad ecuatoriana, o, excepcionalmente en el mismo territorio del país, siempre que se hallen elementos que puedan compararse.

2.2.2 Métodos empíricos

Este estudio se apoyará en la investigación no experimental debido a que las variables de rol del juez como mediador en la solución de conflictos y el COGEP no serán manipuladas en ningún momento de la investigación y se analizarán tal y como se presentaran. También, se considera el diseño transversal de la investigación no experimental puesto que, el análisis de

datos para describir las variables y analizar su interrelación, se efectuará en un solo momento.

La investigación es naturalista, de carácter cualitativo utilizando el análisis y sistematización de las entrevistas fruto del trabajo de campo. Al analizar la normativa en materia Civil en relación a la medición en la solución de conflictos en el Ecuador de manera minuciosa permitirá determinar cómo afecta el rol del juez como mediador en la solución de conflictos según el COGEP. (Mella, 2007).

Con base al enfoque cualitativo la investigación es de índole analítica e interpretativa, al analizar la normativa en materia Civil sobre el rol del juez procurando “encontrar pautas de relación internas en un evento para llegar a un conocimiento más profundo... que intenta desentrañar lo que está más allá de lo evidente” (Hurtado, 2010, p. 133).

Con la finalidad de conocer los procedimientos específicos civiles que realiza un juez para solucionar conflictos y dar respuestas a las interrogantes planteadas, la modalidad es documental y de campo. Es documental por cuanto se obtendrán los datos directos de la Constitución de la República del Ecuador, el COGEP, la Ley Reformativa de la Ley Notarial y de la doctrina correspondiente, y de campo por cuanto hará uso de las sentencias pertinentes, de ser posible, y se analizará el conocimiento y la experiencia por medio de entrevistas a jueces especialistas en materia civil y abogados que laboren en centros de mediación y resolución de conflictos en la Ciudad Santiago de Guayaquil.

2.3 Fundamentación de las premisas

La valoración del rol de los notarios como posibles mediadores. En este sentido, si se les otorga tal competencia a los notarios la cobertura de centros de mediación se ampliaría notoriamente y los usuarios de la justicia tendrían la posibilidad de acudir a una notaría para iniciar un proceso de mediación. También, en razón de que las notarías son un órgano auxiliar de la función judicial reguladas por el Consejo de la Judicatura sería sencillo establecer los

costos correspondientes al servicio de mediación, lo cual haría mucho más accesible este método alternativo a la solución de conflictos.

La capacitación a los notarios sería una medida necesaria antes que se otorgue la competencia de la mediación. Esto permitiría la disminución de la carga procesal de los jueces ya que con el correcto asesoramiento y disponibilidad la mayoría de conflictos encontrarían su solución en este método alternativo, que debe ser trabajado e inculcado como parte de la cultura jurídica del Ecuador.

La presente investigación permitirá desde el punto de vista de la dogmática jurídica realizar un aporte que permita a través del traslado de la mediación a los notarios descongestionando así los juzgados en materia civil y mercantil en el Ecuador; tal estrategia permitiría dar repuesta social de una forma más oportuna y expedita a todos los ciudadanos que en la actualidad están sujetos a una serie de dilaciones o formalidades indebidas por parte del sistema judicial ecuatoriano.

2.4 Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis

Unidad de observación	Población	Muestra
Constitución del Ecuador Artículo 169	444 Artículos	1 Artículos
Código Orgánico General de Procesos Artículo 294, numeral 6 Artículo 334	439 Artículos	2 Artículos
Ley Reformatoria de la Ley Notarial Artículo único	1 artículo	1 Artículo
Ley de Mediación y Arbitraje	64 artículos	64 artículos
Profesionales del derecho expertos en procedimiento abreviado	3 Expertos	3 expertos

2.4.1 Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial

Como ya se señaló, la recolección de la información se hará a través de estudios de campo y las encuestas, que son, en palabras de Kelinger (1982), los estudios asociativos correlacionales. Tal recolección va en función de los objetivos ya descritos, y de las unidades de observación que se analizarán. Tal recolección, por lo tanto, se dará mediante el uso de material documental y a través de entrevistas y la observación.

En la gestión de la información recolectada debe servir para alcanzar los objetivos, y estructurar la investigación de una manera lógica y coherente en un todo. Por lo tanto, la gestión implica interpretar y analizar para desarrollar la investigación. Además la información que se recolectará y gestionará debe ser confiable, que tenga validez y provenga de fuentes reconocidas oficiales y académicas. Esto significa que se emplearán documentos tales como la Constitución de la República, el COGEP, entre otros documentos legales a los que deben apegarse tanto los abogados de libre ejercicio como los fiscales y los jueces. La elaboración del trabajo se apoyará en textos jurídicos no oficiales como la doctrina, diccionario, materiales periodísticos, entre otros recursos confiables que permitan sustentar la investigación. Otra forma de recolectar importante es mediante la encuesta, como uno de los instrumentos de campos, la cual estará diseñada en forma de cuestionario con preguntas abiertas a fin de que el experto encuestado discorra de manera satisfactoria en cada pregunta.

El estudio de la doctrina juega un papel importante para entender la importancia y la pertinencia de la jurisdicción voluntaria y el rol del juez en el marco de ese paradigma para el logro de un mejor sistema de justicia que fortalezca los nuevos paradigmas y los principios establecidos en la Constitución del país.

La gestión de datos se caracteriza por ser cualitativa, por lo que no son relevantes cifras o

estadísticas, aportes cuantitativos en definitiva, ya que el quid de la investigación busca una reforma legal y ello se debe a criterios enteramente cualitativos. En todo caso, lo cuantitativo podría demostrar que hay una congestión en la administración de justicia por lo que estaría justificada en ese sentido la figura de la jurisdicción voluntaria. Lo importante, en definitiva es que el estudio de la población se caracteriza por su calidad y no por su cantidad siendo las unidades de observaciones pequeñas pero significativas para el desarrollo de la investigación.

La gestión de información por lo tanto no trabaja con números, con datos cuantitativos, aunque se aprovecharán si sirven para justificar la jurisdicción voluntaria y el rol de juez; pero se le dará preminencia, a los componentes teóricos, a la doctrina de autores reconocidos y fuentes confiables, y de ser posible y pertinente también se hará uso de sentencias para su análisis. Para esta investigación la población será limitada, bastante reducida, seleccionada arbitrariamente a fines de la investigación. Al no ser cuantitativa no importa que los datos sean probabilísticos, por lo que se le dará importancia a las unidades de observación que sirvan para aclarar la cuestión de la jurisdicción voluntaria y el rol del juez.

Para ello también será necesario la exegética jurídica y el análisis factorial porque se analizarán los factores que ralentizan la administración de justicia en el Ecuador. Por otra parte, la interpretación y análisis de las entrevistas a profesionales del derecho serán de valioso aporte a la investigación toda vez que puedan dar cuenta de la importancia de la jurisdicción voluntaria y del rol del juez. La participación de tales expertos no tienen como fin representar a una población total, sino que se han seleccionado con base en sus conocimientos que aportarán solidez a los argumentos planteados en la investigación. La participación además es voluntaria y espontánea, no se harán ensayos ni conocerán las preguntas a priori, simplemente darán su opinión desde su punto de vista.

En síntesis, a fin de desarrollar la investigación de la mejor manera posible, la selección de los entrevistados se realizó a través de la técnica de juicio, con el fin de tener información de

expertos y no información de personas aleatorias, incluso siendo profesionales, que puedan obstaculizar el desarrollo de la investigación con respuestas inapropiadas o insatisfactorias que no se ajusten al cuestionario y que incluso contradigan o no sean compatibles con los planteamientos teóricos y la propia propuesta de reforma. El trabajo amerita un conocimiento profesional y no el de la opinión pública, porque es un tema especialísimo que incluso sobrepasa el conocimiento de otros profesionales del derecho que no estén curtidos en la materia.

2.4.2 Criterios éticos de la investigación

Para la realización de esta investigación se toma en cuenta en cuenta la necesidad de reflejar únicamente información rigurosa y hallazgos científicos. En este sentido procurará hacer uso de fuentes bibliográficas, consistentes en libros, y material de prensa físico y virtual al que se le pueda aplicar criterios de veracidad, y falsabilidad. Se procura entonces ser rigurosos a la hora de recolectar y analizar información, apegados a la Constitución de la República primeramente, y a la doctrina. Este criterio también aplica al momento de analizar sentencias, las cuales tienen que ser pertinentes y que permitan ilustrar las ideas de la investigación, así como en el uso de entrevistas las cuales deben formularse con preguntas que permitan un mejor entendimiento y profundización del tema que aquí se está investigando.

Por otro lado, se evitará hacer planteamientos maniqueístas, sesgados o subjetivos. La construcción del trabajo de investigación procurará regirse por la objetividad evitando hacer valoraciones positivas o negativas, tergiversaciones o parcialidades con respecto a determinados temas. Especialmente se evitará apelar a posverdades, ambigüedades o tergiversaciones tendientes a modificar la información para fines del presente trabajo.

Por otra parte, se decidió entrevistar profesionales conocedoras de la jurisdicción voluntaria que gracias a sus conocimientos técnicos, empíricos y profesionales puedan complementar el desarrollo de la investigación y contribuir con la misma propuesta de reforma que ciertamente

requiere un arte jurídico preciso. Así se evitará hacer planteamientos superficiales o básicos y al contrario, hacer razonamientos mucho mejor elaborados.

La presente investigación es un producto autentico del autor, y por lo tanto no contiene ningún tipo de plagio; puede que se haga uso de algunos autores y de investigaciones previas, pero serán debidamente citados y reconocidos por sus aportes a esta investigación. Este trabajo pretende en lo posible ser un aporte original del autor, haciendo aportes significativos, innovadores y que se caractericen por su calidad, claridad y precisión. Tampoco se usa información de manera indebida o tergiversada, ni se desarrolla el trabajo con datos falsos o fuentes de dudosa procedencia y confiabilidad. Se garantiza un uso responsable y profesional de la información virtual, uso del Internet y sus múltiples e inacabables fuentes, filtrando solo aquellas que sean rigurosamente confiables. Por otra parte, no se hacen presunciones ni conclusiones a priori sino cuando sean debidamente justificadas.

Otro criterio está relacionado con los beneficiarios y afectados con la presente investigación; al respecto debe decirse que se persigue el mayor beneficio para todos los involucrados en la jurisdicción voluntaria, primeramente al Estado como institución que perdurará por los años, y en segundo lugar a los usuarios y servidores judiciales, que tendrán una justicia más expedita y eficaz, y al juez porque le permite la descongestión del sistema judicial. Otro beneficiado es la comunidad porque permite desarrollar y fortalecer la cultura de paz, de una justicia que sea preventiva y que evite el litigio y lo contencioso. El beneficio, por lo tanto es colectivo y no pretende afectar a ningún sector o población en particular.

Finalmente, si se consideran algunos inconvenientes para el desarrollo de esta investigación habría que hacer alusión a su carácter predominante cualitativo que siempre dejará lugar a dudas a la subjetividad. Por otra parte no se cuenta con el análisis de sentencias sino que el estudio es teórico aunque basado en información y estudios previos que dan cuenta de la congestión judicial, retardo procesal y la necesidad e importancia de desarrollar la jurisdicción voluntaria

y el nuevo rol del juez.

CAPITULO III

RESULTADOS Y ANALISIS DE RESULTADOS

3.1 Técnicas

Como ya se ha explicado, se ha optado por realizar algunas entrevistas que permitan ilustrar y encaminar las ideas planteadas en el presente trabajo de investigación y especialmente la propuesta. No se pensó en un cuestionario aunque tal instrumento hubiera sido beneficioso para intentar conocer la percepción de los ciudadanos con respecto a las notarías, centros de mediación y en definitiva cómo concibe las instancias ordinarias y los mecanismos alternativos para resolución de conflicto.

Sin embargo los cuestionarios presentan dos problemas medulares. El primero es que requeriría encuestar a un número significativo de personas para lo cual se requieren los recursos necesarios. Por otra parte, el cuestionario hubiera podido resultar espurio o inválido. Es decir, aunque un número significativo de encuestados hubiera respondido a favor de los centros de mediación y las notarías, eso no determinaba la solución del problema.

3.1.1 Entrevistas

A fin de identificar la necesidad jurídica de trasladar la mediación como función específica del juez al notario, se decidió realizar entrevistas a (03) profesionales del derecho expertos en materia de mediación y conciliación en asuntos civiles, con el propósito de que respondieran a una serie de preguntas relacionadas con el tema principal del presente trabajo de investigación.

Es importante acotar que las preguntas son abiertas, y considerando la importancia de la contribución de sus conocimientos se les dio la libertad a los profesionales para que esgrimieran

sus alegatos de forma sustanciosa y poder apreciarlos y analizarlos de la mejor manera. Entonces extensión de las entrevistas se hace para respetar o mantener intacta o lo menos alterada la entrevista, y también persigue fortalecer, complementar o añadir información expuesta en el capítulo II de esta investigación, porque se ha considerado información importante que ilustra el asunto de la mediación, como en el caso del abogado Ulises Freire en la tercera pregunta.

Preguntas

1. ¿En qué consiste la mediación notarial?

Abg. Honorio Santistevan

La mediación, como es sabido, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se caracteriza por ser rápido o expedito, económico y sin cumplir tantas formalidades.

Abg. David Batioja

La mediación es un mecanismo o instrumento diseñado como alternativa, un órgano que trabaja de forma paralela con respecto a los tribunales y juzgados y que se ha hecho necesario debido a la alta demanda de usuarios por el acceso a la justicia. No existen o tiene muy pocos detractores debido a que tiene muchas ventajas y no tiene desventajas, o si las tiene son cuestionables.

Abg. Ulises Freire

La mediación notarial es como cualquier mediación solo que se hace en sede de notaría, ante un notario, por supuesto, y por ende es una mediación de carácter público. Al ser la notarial la mediación se hace un instrumento más confiable y por lo tanto más eficiente en uno de sus propósitos que es reducir el retardo procesal.

Análisis

Hay una valoración positiva de lo que es la mediación en cuanto a lo que significa y su

impacto en la sociedad y en el sistema de justicia. Los especialistas coinciden que es un mecanismo alternativo para descongestionar los tribunales que llegan necesariamente asuntos contenciosos. Ciertamente que sea notarial es un elemento que le da aún más importancia a la mediación porque se reconoce socialmente la autoridad del notario.

2. ¿De qué manera afecta en el retardo procesal el rol del juez como mediador en la solución de conflictos?

Abogado Honorio Santistevan

No considero que sea el juez como tal, per se. El problema es el sistema de justicia en todo caso; o las leyes. Y tampoco considero que sería eso. Se han dado avances significativos para evitar el retardo procesa, prueba de ello es la Constitución vigente y el mismo COGEP. Ahora bien, si todo se concentra en los tribunales y no se busca mediar conflictos con otras alternativas entonces sí hay posibilidades serias de que se produzca el retardo procesal pero sería por el sistema en sí. El juez cumple con su propósito, incluso si es un buen mediador, persuasivo, convincente, podría agilizar los procesos. Ya quedaría de parte de las cualidades y profesionalismo del juez como administrador de justicia.

Abg. David Batioja

El retardo procesal se puede dar por varias razones. Un juez incompetente o mejor dicho, negligente, que maneja propiamente el derecho puede ocasionar retraso procesal. El propio artículo 172 de la Constitución habla en esos términos. El retardo, la negligencia, quebrantar la ley, denegar la justicia, sobre todo denegar la justicia que es un asunto bastante polémico. El artículo también dice que los jueces deben administrar justicia sujetos a la ley y por lo tanto a los principios constitucionales. Y el artículo 169 señala varios de esos principios entre los cuales está la celeridad procesal.

Ahora bien, el retardo procesal existe, es un problema latente en la administración de justicia en el país. No es mentira ni un secreto que muchas causas quedan archivadas, perdidas porque no hay celeridad en el proceso. Y lamentablemente ese es un problema que trasciende de la norma, porque en la norma ya está, no haría falta agregarle más nada. Pero entonces el problema es la práctica, el ejercicio del derecho en el sistema judicial. Las trabas, los vicios, la corrupción. Y entonces el gran dilema es cómo hacer que lo que está escrito deje de ser letra muerta.

Abg. Ulises Freire

Lo afectaría negativamente. Es decir, mejoraría la celeridad procesal en todo caso. Si se entiende el retardo procesal como un mal dentro la administración de justicia formal, con sus instancias primeras y de apelación, entonces el sistema paralelo o alternativo significa un alivio para los jueces ordinarios. La mediación es para simplificar la justicia, hacerlo menos engorrosa y no molestar a los usuarios y a los administradores de justicia. Es por decirlo así, una válvula de escape, o más ilustrativamente, como abrir un nuevo canal de paso para el tráfico. No se debe colapsar o recargar a los jueces con tareas que fácilmente pueden ser subsanadas por otras vías y ese sería el gran logro de la mediación porque aliviaría la carga procesal y por lo tanto reduciría su retardo.

Análisis

Tras recabar las tres entrevistas, queda claro que el retardo judicial es un problema multicausal. Especialmente en el funcionamiento, aquel que no se refleja en las leyes, parece ser el principal problema que afecta el retardo procesal. Esto puede deberse a influencias internas y externas que juegan en contra de los principios procesales. También queda en evidencia que hay un consenso en cuanto a la utilidad de la mediación, sirviendo como mecanismo que previene que los tribunales se sobrecarguen de causas que pueden ser canalizados por otros, pero también es aplicable para que pueda ser invocada incluso una vez

iniciado el proceso ante los jueces ordinarios.

3. En general, ¿cómo percibe la efectividad de la mediación del COGEP y qué habría que hacer para mejorarlo?

Abogado Honorio Santistevan

Aún está lejos de alcanzar su potencial. Hay varias universidades y fundaciones trabajando en conjunto con centros de mediación y que están no solo estudiando sino promoviendo la mediación a través de cursos, charlas, entre otros. Lo mejor es hacer entender, tanto a las autoridades como a los abogados y sobre todo a los involucrados en el conflicto, que estos últimos son los que deben ser los protagonistas de la mediación. Los afectados deben asumir la responsabilidad de sus actos lo cual haría de la mediación algo más expedito y eficaz, es decir, el que va a mediación tiene que tener la predisposición de ceder y asumir culpas y no esperar que en la mediación le van a dar la razón.

Yo me orientaría por ahí para mejorar la eficacia de la mediación, no solo para el COGEP sino para cualquier mediación. Es un asunto de actitud más que legal. Las personas que acuden a mediación deben tener autocontrol y deben aprender destrezas y técnicas para mediar. Debe tener empatía.

Abg. David Batioja

Si se habla de efectividad no podría decir que está mal, tampoco está bien. Pero se dice que hay una orientación positiva hacia la mediación aunque aún falta mucho por hacer. La idea es que no se quede arriba, en las instituciones, en las universidades, en las leyes, sino que baje y se practique realmente en la sociedad. Pero creo que se están dando los pasos correctos. Se están formando centros de mediación en muchas materias más allá de las tradicionales, por ejemplo en propiedad intelectual.

Ahora que para mejorarlo los caminos son inagotables. Hace poco leí una propuesta en Francia de establecer el carácter obligatorio de la mediación como una fase previa a la vía judicial en los asuntos de familia. ¿Esto fortalecería la mediación? ¿O forzaría una cultura de mediación que podría afectar a la población? Crearía un fuerte filtro con respecto a los tribunales ordinarios pero ¿no estaría también colapsando los centros de mediación y por ende, por su carácter obligatorio, también colapsaría los procedimientos ordinarios? Italia también ha hecho otro tanto, pero para ese gran paso habría que darle a la mediación la importancia que aún no tiene, porque el COGEP lo menciona y lo patrocina pero no se dice una de sus grandes apuestas para la modernización de la justicia, cuando debería de serlo.

Abg. Ulises Freire

Hasta ahora me parece que está dentro del impacto esperado. El Consejo de la Judicatura declara que cada vez más son las personas que acuden a los centros de mediación para solucionar los conflictos y que nueve de cada diez casos que van a mediación terminan en acuerdo. Y bueno, eso habla de su efectividad, sin duda alguna. Lo bueno es que el derecho y la justicia están mutando hacia nuevas formas de poder entenderlas. Enfocándose más en los derechos humanos y en los principios constitucionales que en los formalismos. Ese contexto macro o internacional repercute en el Ecuador.

La mediación ecuatoriana ha avanzado incuestionablemente. Los acuerdos tienen carácter de sentencia y en eso se aventaja a otros sistemas de justicia que no trascienden de esa estructura conservadora. Es decir, se puede servir de referente en materia de mediación pero también se debe tomar otros referentes para seguir mejorando.

Análisis

En general se reconoce que la mediación ha tenido más éxito que fracaso como mecanismo para resolución de conflicto. Se reconoce que aún no se ha desarrollado como debería pero que

ha dado pasos importantes, sobre todo desde las instituciones, con un proceso formativo para inculcar una cultura de paz. El COGEP como un instrumento normativo que contiene la mediación, debe hacer más énfasis en ella, tomarla como una propuesta vanguardista del derecho, teniendo para ello en otras legislaciones algunas orientaciones que pueden servir para dar pasos firmes en la consecución de hacer de la mediación el espacio privilegiado para resolver conflictos.

4. ¿Cuál es la importancia o cuales son los beneficios de trasladar la función de la mediación del juez al notario?

Abogado Honorio Santistevan

Al respecto considero que salta a la vista la posibilidad de evitar demandas; es decir, con el 294 se pueden evitar las demandas, porque las partes pueden solicitar la mediación como un método alternativo de solución de conflictos. El propio juez también puede disponer de la mediación siempre que las partes lo aprueben. También, y como consecuencia de lo primero, es evidente que la mediación reduce el volumen de la carga procesal, específicamente en aquellos asuntos que son susceptibles de transacción.

La mediación además le da más autonomía a las partes, pues pueden llegar ellos mismos a arreglos satisfactorios. Tienen la libertad para acordar sus intereses y necesidades de forma amistosa, lo cual es un aspecto que escasamente se ve en un juicio ordinario donde ya es el juez el que toma las decisiones con base en la valoración de las pruebas y los alegatos presentados por las partes.

Por tratarse de un procedimiento voluntario y no contencioso, las partes participan con mayor compromiso, más aún cuanto ellas mismas pueden escoger al mediador, al centro de mediación y las reglas de procedimiento con la finalidad de que se sientan con mayor confianza

y confidencialidad, objetivo que no se puede cumplirse en un proceso judicial, ya que el proceso es público, la mediación reservada y el juzgador es sorteado en virtud al domicilio de las partes, a la materia y los turnos que ellos tengan. La mediación, dada su celeridad, resulta de gran importancia puesto que se trata de un procedimiento oral, flexible en la cual hay la participación de un tercero llamado mediador, quien actúa fuera de las normas estrictas del derecho procesal. En definitiva, en la mediación las partes son las protagonistas en tanto que en el proceso ordinario es el juez.

Abg. David Batioja

Pienso que el notario no es una figura nueva, tampoco es el clásico, pero sí está reconocido popularmente y eso le da fuerza a la mediación. La mediación ha tenido gran éxito en países hermanos como Colombia, Chile, Argentina, así como en países con diferente sistema de justicia al nuestro como Estados Unidos, y diferentes a nuestra cultura como Japón. En Ecuador se le ha dado su reconocimiento constitucional y ha tratado de desarrollarse de manera normativa, lo cual implica la derogación o actualización de las leyes para darle uniformidad y establecer el carácter del notario.

La mediación tiene carácter obligatorio en todas las etapas de los procesos en materias que sean transigibles de ahí que el notario tenga un gran poder y por ende una gran responsabilidad. Es todo un compromiso ahora del Estado formar notarios capaces no solo para conocer los temas jurídicos sino para saber negociar, conciliar y mediar, incluso con mucho más audacia de lo que lo hace un juez.

Abg. Ulises Freire

La mediación debe promoverse como un método alternativo de solución de conflictos. Esa es su importancia y su beneficio principal. Recorta el tiempo de la sentencia que en

procedimientos ordinarios podrían durar meses por no decir años. El notario con las reformas legales ahora tiene la capacidad de atender más de una veintena de trámites de jurisdicción voluntaria. Ergo, el notario ahora tiene la capacidad para pronunciarse sobre temas como el divorcio por mutuo consentimiento y siempre y cuando no haya hijos menores de edad; también puede pronunciarse sobre la demarcación de linderos, inscripción de matrículas, entre otros tantos asuntos. Sus competencias son prácticamente enunciativas, no taxativas, siendo la única condición que no sean asuntos de orden público y nunca la condición será que sea contencioso porque la idea en la administración de justicia es luchar porque las partes finiquiten la controversia apelando a la conciliación o el mutuo acuerdo y que la autoridad simplemente de fe pública de la decisión tomada.

Que la función de mediación pase al notario es una decisión acertada, al menos en el papel, teniendo el ciudadano la libertad de acudir a la notaría para realizar sus trámites judiciales tales como los que ya he mencionado. Si tengo que enumerarte los beneficios de que el notario tenga tales competencias entonces tendría que decir primero, la posibilidad de solucionar conflictos al margen de los tribunales; segundo la reducción de costos y la reducción de las dilaciones o retardos en el proceso. Tercero, sirve para prevenir controversias que seguramente terminarían introduciéndose en los tribunales.

Cuarto, un aspecto que considero importante, es que la mediación permite que los sectores pobres o populares tengan acceso a la justicia, pudiendo tratar y solucionar los problemas, lo cual es difícil para ellos cuando tratan de hacerlo por la vía institucional u ordinaria. Los mecanismos alternativos sirven para instaurar una cultura de paz. Los tribunales conservan mucho del litigio y la burocracia que choca con lo que es el ciudadano y que en todo caso es el contexto en el que se desenvuelvan los abogados. Pero muy poco o ningún ciudadano se siente a gusto en los tribunales y eso puede cambiar con los mecanismos alternativos. Puede decirse más, y es que con el auge y la consolidación de los mecanismos alternativos se pudiera plantear

en el mediano plazo la necesidad de reestructurar los sistemas judiciales abarcando una mayor cantidad de conflictos. Finalmente, pudiera decirte que la mediación fortalece la Constitución y la democracia, la hace más participativa porque los ciudadanos tienen una vía adecuada y adaptada a su idiosincrasia para acceder a la justicia. En definitiva, la mediación incide en que se incremente o mejore la calidad de la administración de justicia, y eso es muy importante para toda la sociedad.

Análisis

Se reiteran las ventajas que tiene el notario con respecto al juez en cuanto a la mediación. No hay discrepancia en cuanto a su utilidad. De acuerdo a sus criterios es beneficios porque permite un nuevo rostro del derecho, uno más humano, porque hay una relación personal entre las partes y la autoridad, en este caso el notario, lo que representa un cambio sustancial con la impersonalidad del intimidante sistema de justicia ordinario.

5. ¿Por qué consideraría importante inculcar la mediación en la cultura jurídica?

Abg. Honorio Santistevan

¿Se habla en general? ¿Jueces, abogados litigantes y las partes? En general le sirve a cada persona hasta en la vida práctica, en su vida familiar o laboral. A veces se aplica mediación sin darnos cuenta; cuando se interviene, para solucionar un problema entre nuestros hijos. Fíjate en este ejemplo: dos niños no se ponían de acuerdo en cómo comerse el último pedazo de la torta, cada uno alegaba que el otro estaba agarrando de más, así que su padre tomó la siguiente decisión: uno de ellos picaba el pedazo de la torta y el otro elegiría con cual pedazo se quedaría. Cómo puede ver la mediación requiere ingenio para solucionar soluciones pero sobre todo sentido común.

Si se traslada propiamente a la cultura jurídica, entonces habría más armonía entre los

involucrados porque todos estarían interesados en resolver el conflicto lo antes posible evitando, lo que ya se ha dicho anteriormente, dilaciones indebidas, costos innecesarios, prolongación del conflicto, etcétera.

Las personas, no pocas veces, ante un conflicto suelen ignorarlo o callarse esperando que el conflicto se solucione por sí mismo. Esto podría calmarlo en efecto, pero quedará latente y podría explotar con más fuerza luego. También muchas personas reaccionan de manera violenta ante el conflicto y caen en las provocaciones de la otra parte. Y lo más común es culpabilizar al otro del conflicto y nunca asumir responsabilidades. Lo más significativo es que el nivel educativo y socioeconómico incide, por lo que es en los sectores populares donde menos se aplica la mediación y se intenta resolver los conflictos a través de la violencia. De ahí la importancia de la mediación, tanto como mecanismo como institución, porque puede penetrar en los sectores más bajos de la sociedad.

Abg. David Batioja

Considero que por instinto el ser humano tiende a buscar la solución y no el conflicto. Hay personas conflictivas pero en general las personas tratan de conciliar sus intereses, de mediar. Quizá el problema es la desconfianza en el otro. Esa desconfianza también se proyecta e instituciones nuevas que no tienen una tradición como la tienen los tribunales ordinarios. Las personas creen que no los van a atender, que si lo atienden los van a remitir hacia los tribunales ordinarios por lo que estarían perdiendo el tiempo, o que la decisión que de ahí se tome no tendría efectos legales como lo tendría una sentencia de un tribunal ordinario. Hay reticencia sobre la mediación. Entonces la mediación es todo lo contrario, previene los conflictos y agiliza el proceso en el caso donde ya los hay, pero eso hay que inculcárselo a la población.

Abg. Ulises Freire

La mediación en la cultura jurídica debería de inculcarse sobre todo en los jueces y en los

abogados. Las partes acuden a las instancias porque no han podido solucionar entre ellos su conflicto, y es deber del juez y de los abogados poder ventilar el conflicto. Claro, se dice que las personas en general deberían de manejar técnicas elementales de negociación

No hay una cultura jurídica, los centros de mediación existen en Ecuador pero muy poco lo usan. Existe poca credibilidad o confianza en las instituciones alternativas y la tendencia abrumadora es acudir a los tribunales tradicionales u ordinarios para canalizar su necesidad de asistencia legal. Entonces sí hace falta promover mucho más la mediación para que el ecuatoriano tenga una cultura jurídica donde tenga seguridad jurídica en los mecanismos alternativos para resolución de conflictos.

En definitiva, la cultura jurídica que se propone instaurar es también una cultura de diálogo, una cultura de paz, que relegue el litigio a un segundo plano y prácticamente lo haga obsoleto en la mayoría de las materias. El litigio nunca va terminarse, es como la política, son inherentes a la sociedad.

Análisis

Esta pregunta también pudiera haberse formulado de otra manera. Como cultura de paz, o cultura de diálogo. Sea como fuere, los entrevistados concluyen que es necesario que se inculque la cultura de mediación tanto en la población en general como en los funcionarios, los primeros porque si tienen una cultura de mediación tratarán de solucionar sus problemas sin acudir a intermediarios, y los segundos porque son los encargados de encauzar el caso una vez ha llegado a sus manos.

6. ¿Por qué consideraría usted que el Código General de Procesos (COGEP) amerita una reforma en relación a la mediación de conflictos?

Abg. Honorio Santistevan

Se está hablando del artículo 294. Ese artículo contempla la conciliación en los numerales 4, 5 y 6, como una propuesta que hace el juez durante la audiencia preliminar. Si las partes concilian pues ya está. Ahora si el problema está en el tribunal que recibe la causa, donde hay un litigio que no puede ser subsanado por la mediación se continuará en tribunales. Si se debe hacer una reforma sería para hacer más énfasis en la mediación. Quizá la mención del notario no está demás pero hacer hincapié en la mediación es lo primordial.

Abg. David Batioja

Siempre existirán personas que quieran realizar cambios e intentar mejorar las leyes, bien sea reformando o derogando y creando unas nuevas. La ley hace énfasis ya en la necesidad de mediación y sería redundar en ello. Pero si el planteamiento va en función de rescatar o impulsar las notarías como la instancia donde las partes deban recurrir para acceder a la justicia, entonces sí me parece viable hablar de una reforma.

Aun así, como ya te había mencionado. Más que la reforma lo importante es desenredar ese nudo gordiano, es decir, como llevar eso que se reformaría a la práctica. Para ello es necesario algo más que escribir nuevas palabras en el cuerpo normativo, para que no quede en letra muerta.

Abg. Ulises Freire

Pues pienso por una parte que es importante dejar reposar las leyes, que los beneficiarios y quienes deben administrarla, esto es, jueces y abogados litigantes, se podrá procesarla, es decir, digerirla. Se sabe que la sociedad está avanzando rápidamente y que las leyes no pueden quedarse rezagadas con respecto a la realidad, pero qué tanto pretende hacerse para que el derecho pueda seguirle pisando los talones a la realidad. Yo espero y el derecho no se vaya de bruces. Yo creo entonces que es importante que la población en general se informe bien de las leyes, del COGEP que es relativamente nuevo y es bastante complejo. Muchas personas solo

lo conocen cuando se ven involucrados en un asunto jurídico, y es normal, por eso debe darse un periodo considerable donde el ejercicio, la práctica, determinarán que reformas deben hacerse realmente que puedan influir positivamente en el ordenamiento jurídico y beneficiar a la sociedad y al sistema de justicia.

Sin embargo, no seré tan negativo. Creo que orientar el numeral 6 del artículo 294 a las competencias del notario en las materias ya determinadas es un aspecto que difícilmente pueda ocasionar otra cosa que la celeridad procesal. Es decir, que si se busca combatir el retardo procesal a través de esa reforma, entonces sí, tiene lógica, pero reitero, las leyes, por el principio de seguridad jurídica, deben tener su estabilidad en el tiempo y no ser tan susceptibles de reformas por más pequeñas que sean que en el derecho se sabe que una palabra podría complicar todo un articulado.

Análisis

Para esta pregunta fue necesario explicarle a los entrevistados el proyecto de propuesta de la presente investigación. Fue necesario aclarar que el artículo de marras no presentaba ningún error de forma o de fondo y que no padecía de ambigüedad alguna sino que con la reforma se pretende hacer una mejora procesal, esto es, combatir, reducir o evitar su retardo.

Ello indica que no resulta evidente la problemática al respecto, sin embargo reconocen que la posibilidad de mejorar el numeral 6 del artículo 294 del COGEP al trasladarse la competencia a los notarios.

CAPITULO V

PROPUESTA

4.1 Título de la propuesta

Anteproyecto de reforma del numeral 6 del artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos para evitar el retardo procesal.

4.2 Antecedentes y contexto de la propuesta

En los primeros tiempos, la defensa de los derechos era un asunto de los particulares, el derecho estaba sojuzgado por el uso de la fuerza, donde se imponía la voluntad del fuerte sobre el débil. Incluso cuando el Estado se había constituido se limitaba a asumir un rol pacificador, interviniendo como árbitro en las controversias privadas. Pero una vez que el Estado logra imponer su autoridad, la tutela de intereses a través de normas jurídicas pasa a ser un asunto de la función pública que el Estado reclamó para sí, pues precisamente para que haya una verdadera solución a los conflictos entre particulares se necesitaba un tercero, más fuerte que los otros dos, encargado de resolverlo (Solís, 2005)

El interés social por instaurar una justicia que sea expedita y que sea satisfactorio para todos, especialmente para las partes, en un asunto que le ha concernido a toda civilización a lo largo del tiempo, inventando y desarrollando diversos mecanismos para tal fin. El rol del juez históricamente ha sido actuar en casos de litigios, donde hay intereses contrapuestos, sin embargo no son pocos los casos en los cuales hay una disposición de las partes para llegar a acuerdos y que solo necesiten la intervención del juez para dar fe pública de lo acordado.

Así, cuando se hace una investigación de la figura de la jurisdicción voluntaria es posible remitirse al propio imperio romano donde un jurista llamado Marciano, en el siglo III después de Cristo, ya había planteado jurisdicción voluntaria en su obra titulada “Instituciones” y que

representa su primera aparición en la ciencia jurídica europea; luego recogida en el Digesto de Justiniano. Las actuaciones de la jurisdicción voluntaria la llevaban los funcionarios encargados de los Archivos o Registro Públicos y ante los Notarios o Tabeliones (Fernández, 2011).

Fernández de Buján (2011) sostiene que en la Edad Media se les dan atribuciones específicas a los Notarios en materia de jurisdicción voluntaria en condición de titulares de juzgados, *iudices chartularii*. Además el término pasa de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y del Derecho Común se incorpora a los códigos y legislación de varios países europeos. Así, señala el autor que la jurisdicción voluntaria cuenta con aproximadamente veinte siglos de historia.

En la legislación ecuatoriana el procedimiento voluntario está contemplado en el artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos (2015), señalando que son procedimientos voluntarios exclusivos a la competencia de los jueces los pagos por consignación, la rendición de cuentas, partición, autorización de venta de bienes de niños y adolescentes; el divorcio como quizá el caso más ilustrativo para demostrar los dos elementos indispensables de la jurisdicción voluntaria, es decir, la manifestación de las partes de no afectar el interés del otro y la intervención del juez, en el caso del divorcio, aunque las partes se separen de facto, y no haya contraposición de intereses sino al contrario una relación de mutua ganancia, necesitan hacerlo ante la autoridad competente para que tenga efectos jurídicos. De ahí que el legislador señale que también se asumen en los procedimientos voluntarios los asuntos de jurisdicción voluntaria las cuales por su naturaleza o la razón de estado de las cosas se resuelven sin contradicciones.

Por otra parte el artículo 294 de dicho Código, al normar el desarrollo de la audiencia preliminar, señala que el juez, bien sea de oficio o por petición de las partes, puede disponer que la controversia se remita a un centro de mediación legalmente constituido, con el propósito de que se logre un acuerdo entre las partes. Si las partes suscriben un acta de mediación donde haya constancia de acuerdo total, entonces dicha acta se incorpora al proceso y éste se da por

terminado.

4.3 Caracterización de la propuesta

La presente propuesta se caracteriza por aportar una clara simplificación al proceso y a la administración de justicia como sus elementos fundamentales. Así, se pretende que la propuesta por una parte proteja los derechos constitucionales de los beneficiarios del servicio judicial, sino que además el propio servicio judicial se descongestione, se aligere, y sea más expedito. Por otra parte, la propuesta es una apuesta para que se fomente la mediación en la cultura jurídica de manera tal que los usuarios de la justicia perciban en el notario un funcionario confiable y competente.

4.4 Planteamiento de la propuesta

La mediación es un instrumento para solucionar conflictos de manera alternativa, bien sea en el ámbito privado o público, jurídico o metajurídico. Actualmente es un mecanismo al cual se le ha hecho énfasis precisamente porque se ajusta perfectamente a los principios constitucionales y aboga por una sociedad donde la administración de justicia sea confiable, expedita y donde los propios individuos pueden solucionar sus diferencias y promocionar una cultura jurídica donde prevalezca la mediación y la conciliación.

Sin embargo, los centros de mediación no han tenido el impacto propuesto por el legislador en el COGEP; no se le ha otorgado el rol al que se aspiraba originalmente con el nuevo Código, por lo que han quedado como espacios con un potencial que ha sido subestimado y derrochado, mientras que siguen atestándose innecesariamente de causas los tribunales ordinarios llevando causas que por ley deben llevar las notarías.

La propuesta incluso pudiera haber sido más ambiciosa y plantear la exclusión de ciertas materias de los tribunales ordinarios y canalizarlos directamente por las notarías; sin embargo

las consecuencias de tal decisión deben meditar profundamente; además, primeramente la sociedad ecuatoriana debe desarrollar un apego o simplemente abrirse a la posibilidad de canalizar sus necesidades jurídicas a través de medios alternativos.

El derecho es progresivo y perfectible, y ambos elementos constituyen una gran ventaja, pero la progresividad debe fundamentarse sobre la propia praxis, tomando elementos que la dinámica social le va dando y las respuestas tanto de las autoridades judiciales como de los usuarios con respecto a las normas. Así, la necesidad de reformar el numeral 6 del artículo 294 del COGEP es una respuesta a la sociedad que aún no ve en espacios más allá de los tribunales, vías confiables que le den respuestas jurídicas.

4.5 Preámbulo

El artículo 169 de la Constitución de Ecuador establece que el sistema procesal debe estar encaminado al cumplimiento de la justicia, la cual estará basada en normas de carácter procesal cuyos principios fundamentales son la simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad, inmediación y economía procesal, principios a los cuales ya se ha hecho referencia en el marco teórico.

El artículo 294 del COGEP plantea algunas reglas por las cuales debe regirse la audiencia preliminar. Una de ellas está contemplada en el numeral 6 el cual establece que el juez, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido.

Sobre este tema, cabe destacar que el COGEP adopta en su artículo 334 la jurisdicción voluntaria como una “actividad esporádica que es realizada por los administradores de justicia u otros órganos del Estado, la cual carece del elemento esencial con la que cuenta la contenciosa

es decir, la controversia”

El artículo 334 del COGEP establece que se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de los jueces, el pago por consignación; la rendición de cuentas; el divorcio o la terminación de uniones de hecho por mutuo acuerdo si hay hijos dependientes; inventario; partición; autorización de venta de bienes de niños y adolescentes y de personas sometidas a guarda.

Señala asimismo el 334 que también se sustanciarán por el procedimiento voluntario los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción de las partes.

En la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, en su artículo único (que reforma el artículo 18 de la Ley Notarial), aparecen como funciones del notario: Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y officiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores; autorizar la inscripción de matrículas de comercio en el registro pertinente; requerir a la persona deudora para constituirla en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil; receptar la declaración juramentada sobre estado civil de las personas cuando estas lo requieran, con el objetivo de tramitar la posesión notoria del estado civil;

Otras funciones son tramitar la caución e inventario en el usufructo, para determinar que esta sea suficiente para la conservación y restitución del bien que se trate y para el inventario solemne. Para el efecto, se acompañará a la solicitud, el documento que acredite el avalúo pericial o el inventario, dependiendo el caso, realizado por uno de los peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura; solemnizar la designación de administrador común, mediante la

declaración de las partes, lo que se legalizará con la correspondiente petición y reconocimiento de la firma de los solicitantes; Solemnizar el desahucio, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Inquilinato y el Código Civil. La o el interesado en el desahucio dirigirá una solicitud a la o al notario, acompañando prueba de su pretensión. Recibida la solicitud y los documentos que se acompañan a ella, la o el notario dispondrá que se notifique a la o al desahuciado; inscribir contratos de arrendamiento, cuyo canon exceda de un salario básico unificado del trabajador en general, para lo cual cada notaría llevará un archivo numerado y cronológico; Solemnizar la partición de bienes hereditarios mediante la declaración de las partes, lo que se legalizará con la correspondiente petición, reconocimiento de la firma de los solicitantes y los documentos que acrediten la propiedad del causante sobre los bienes.

4.6 Objetivo

Evitar el retardo procesal y cumplir con las garantías constitucionales al establecer de manera clara la competencia exclusiva del notario en materias propias de la mediación.

4.7 Anteproyecto de reforma

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador, tras constatar la necesidad de incorporar taxativamente al notario como una de las autoridades competente en la mediación en asuntos tramitados por el juez en audiencia preliminar, lo cual va en consonancia con lo establecido en artículo 169 de la Constitución por cuanto pretende, entre otros aspectos, darle celeridad procesal a las causas que no pueden ventilarse por la vía no contenciosa.

Considerando

Que el artículo 169 de la Carta Magna establece que el sistema procesal es un medio para

realizar la justicia, y que las normas procesales consagran los principios constitucionales de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, y hacen efectivas las garantías del debido proceso sin que para ello sean necesarias otras formalidades que las esenciales;

Que el artículo 296 del Código Orgánico de la Función Pública establece que el notariado funge como un órgano auxiliar de la Función Judicial y que el servicio notarial se basa en el desempeño de una función pública que realizan los notarios, los cuales están investidos de fe pública para realizar, autorizar y dar fe de los hechos que ocurren ante su presencia;

En uso de sus atribuciones legales resuelve lo siguiente:

Refórmense en el Código Orgánico General de Procesos en las siguientes disposiciones:

1. Sustitúyase el numeral 6 del artículo 294 por el siguiente:

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

Esta reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

4.8 Impacto jurídico y social de la propuesta

Como se ha hecho mención en los puntos previos, se aspira que con la reforma las notarías se fortalezcan desarrollando sus competencias como espacio para canalizar los respectivos asuntos jurídicos no contenciosos. Socialmente debería ayudar a los usuarios porque queda explicitada la competencia del notario. Hay entonces una correspondencia y armonía entre el Código Orgánico General de Procesos y la Ley Notarial, eliminando cualquier duda sobre cuál es la autoridad competente para conocer de determinado caso.

4.9 Conclusiones parciales

Con la propuesta expuesta se puede llegar a la conclusión parcial que la reforma del numeral 6 del artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos, se promueve la mediación como solución de conflicto, al establecer de forma clara al notario como mediador, lo cual puede incidir positivamente en la administración de justicia al reducir el retardo procesal.

CONCLUSIONES

La mediación es un instrumento que trasciende el ámbito jurídico. Aunque el derecho es transversal el propósito de la mediación es que pueda aplicarse siempre que haya intereses contrapuestos, diferentes o particulares, de tal manera que en la vida familiar, vida marital, incluso, aunque parezca abstracto, que la misma persona en su interior pueda mediar y conciliarse consigo misma.

La mediación también es un asunto histórico, que se ha concebido a lo largo del tiempo, y además se ha tratado de instaurar en todas las civilizaciones que no necesariamente tienen que ver con retardo procesal sino con el imperativo de que los seres humanos resuelvan sus conflictos o puedan conciliar sus intereses de la manera más pacífica posible, sin necesidad de que el Estado estimule el conflicto entre los individuos sino al contrario, estimulando su capacidad para comprenderse.

La mediación también es un instrumento muy importante en materias específicas como lo laboral, en cuestiones de divorcio, pero no se limita ellas sino que se espera que pueda penetrar todas las esferas del derecho e incluso ser una exigencia dentro del proceso aun y cuando determinados casos no lo permitan porque lo que se pretende es su usufructo, es decir, que aunque no resuelva el caso por se pueda contribuir a la larga con fomentar una cultura de paz, una cultura de diálogo, o sencillamente una cultura jurídica donde la mediación sea el primer mecanismo a emplearse y relegar el litigio como la verdadera alternativa.

La reforma del numeral 6 del artículo 294 parece ser por sí misma insuficiente si se pretende realmente resolver el problema del retardo procesal. Es recomendable que la reforma se acompañe de políticas por parte del Estado a lo interno, es decir, que se revisen los vicios

burocráticos que empañan el servicio judicial, y a lo externo, promover la mediación como un mecanismo jurídico y metajurídico.

Ante la propuesta de reformar el numeral 6 del artículo 294 se planteó la disyuntiva de su pertinencia y sus consecuencias. En este sentido, se determinó que la reforma no incidía negativamente en la mediación, al contrario, se busca con ella fortalecerla. Se parte del punto de que un determinado número de casos se tramitarán por la vía contencioso y un determinado número de casos se tramitarán por la vía voluntaria; el espíritu del numeral 6 del artículo 294 es que, con la intermediación del juez, se transfieran casos de lo contencioso a lo voluntario, no al revés.

RECOMENDACIONES

Se recomienda que la mediación sea un instrumento de ayuda y respaldo para la sociedad, familia y Estado ecuatoriano, por lo que deben implementarse un nuevo literal en el artículo 18 de la ley notarial, que señala que la competencia debe de aplicarse en la notaría, como una participación voluntaria de las partes para esa manera conciliarse a un tema de solución inmediata de un conflicto.

Debe aplicarse la reforma el artículo 294 numeral 6 de la ley notarial de manera más clara para consolidar mayor efectividad del servicio judicial y que se promueva la mediación como un mecanismo de la justicia ordinaria y alternativa, además se recomienda la utilización de tecnología de punta en cada uno de los recintos notariales, para que esa manera en forma digital se registre toda la información pertinente a la competencia de los notario, en especial si se le asigna el matrimonio civil como parte de un contrato nupcial que permite optimizar los recursos y facilitar el trámite.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, M. (2013). *El notario y sus atribuciones*. Santo Domingo: Riera.
- Bermúdez, A. (2012). *La efectividad de la transacción como un medio de autocomposición procesal en el procedimiento civil venezolano*. Valencia: Universidad José Antonio Páez.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Calvo, E. (2008). *Código de Procedimiento Civil en Venezuela*. Caracas: Ediciones Libra.
- Canelo, R. (2006). La celeridad procesal, nuevos desafíos. *Revista iberoamericana de derecho procesal garantista*, 1-11.
- Código General de Procesos . (2015). Quito: Registro Oficial 506.
- Consejo General del Notariado. (13 de 08 de 2018). *Consejo General del Notariado*. Recuperado el 24 de 11 de 2018, de <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/sala-de-prensa/notas-de-prensa>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Registro Oficial 449.
- Couture, E. (2014). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Euros.
- Cuenca, H. (2008). *Derecho Procesal Civil*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Decap, M. (2014). El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 57-76.
- Diez-Picazo, L., & Gullon, A. (2016). *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- Fernández, A. (2011). Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria. *Revista de Derecho UNED*, 127-150.
- Guzmán, C. (2015). Los principios generales del derecho administrativo. *Ius et veritas*, 228-249.

- Jefatura del Estado . (2012). *Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Jorquera, R. (2004). *Síntesis de Derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley.
- Kerlinger, F. (1982). *Fundamentos de la investigación del comportamiento*. México: Nueva editorial interamericana.
- Ley Reformatoria de la Ley Notarial . (2016). Quito : Oficio No. SAN-2016-2271.
- Linage, A. (2017). El derecho notarial. *Revista Jurídica del Notariado*.
- Llopías, J. (16 de 02 de 2016). *La necesidad de promover la mediación*. Recuperado el 22 de 11 de 2018, de <http://www.notariallopias.es/blog/i/1343/73/la-necesidad-de-promover-la-mediacion>
- López, R. (2006). *La mediación como medio alternativo de solución de conflictos arrendaticios*. Valencia: Universidad Católica Andrés Bello.
- López, S. P. (2018). *Análisis sobre el nuevo Código Orgánico General de Procesos en Ecuador*. Quito Ecuador: <http://www.lopezribadeneira.com/es/publicaciones/articulos/55-analisis-sobre-el-nuevo-codigo-organico-general-de-procesos-en-ecuador>.
- Mantilla, Q. K. (2018). *El matrimonio civil en sede notarial* . UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/16571/1/T-UCE-0013-JUR-064.pdf> .
- Mella, O. (2007). Naturaleza y orientaciones teórico-metodológicas de la investigación cualitativa. *Cuaderno Monográfico* , 4-12.
- Montero, J. (1996). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: JM Bosch.
- Murrieta, W. K. (2015). elnotario ecuatoriano en el america latina. *revista juridica online*, 162. Obtenido de http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/02/7_el_notario_ecuatoriano_en_sistema_intl.pdf
- Ossorio, M. (2011). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan.
- Palacios, E. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Peyrano, J. (2011). *Principios Procesales* . Santa Fe: Rubinzal- Colzoni.
- Pinto, T., & Piva, G. (2004). *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Caracas: Livrosca.
- Ramírez, C. (2015). *Principales cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Rengel, A. (2003). *Estudios jurídicos*. Caracas: Anauco Ediciones.
- Sampieri, H. R. (2016). *Metodología de la Investigación* . Mexico: 4ta edición Mc Graw Hill.
- Sentencia No. 11-18-CN/19. (2019). *EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES*. Quito Ecuador:
<https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf>.
- Solís, M. (2005). *Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*. Caracas: Hermanos Vadell.
- Soto, S. (2012). *Justicia alternativa en materia civil*. México: UNAM.
- Yedro, J. (2015). Principios procesales. *Derecho & Sociedad*, 266-273.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **LUIS ALBERTO FREILE PEREZ**, con **C.C: # 090101653-5** autor del trabajo de titulación: El rol del juez como mediador en la solución de conflictos según el COGED. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 11 de agosto de 2020



Nombre: Luis Alberto Freile Perez

C.C: 090101653-5



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El rol del juez como mediador en la solución de conflictos según el COGED		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Luis Alberto Freile Pérez.		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dra. Nuria Pérez Puig / Dra. Teresa Nuques Martínez.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	11 de agosto del 2020	No. DE PÁGINAS:	76
AREAS TEMÁTICAS:	El proceso como medio para la realización de los derechos		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Providencias – Preventiva – Reforma - Garantía		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>La presente investigación tiene como título el Otorgamiento de Providencias Preventivas en el Código Orgánico General de Procesos, que tuvo como objetivos, analizar, determinar la eficacia y efectividad sobre la aplicación de la norma, para así proponer una reforma al artículo 127 del Código Orgánico General de Procesos, y para lo cual, se llevó a cabo un proceso centrado en el paradigma positivista interpretativo, con un enfoque cuantitativo, el empleo de métodos inductivo, deductivo jurídico doctrinario, analítico sintético, exegético, que permitió el estudio y medición de variables, igualmente la aplicación de instrumentos de recolección de datos como la encuesta y la entrevista aplicada a abogados en ejercicio independiente de la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, Ecuador. Sobre este proceso se concluyó en que la garantía de providencias preventivas no se aplica eficazmente, motivado a que el lapso establecido para la admisión y aprobación no es prudente para la preservación y resguardo de la cosa en reclamo o sujeta a exigencia de derecho, por lo que se determinó la importancia de reformar el artículo 127 del COGEP, en función de incoar la petición de providencias al mismo tiempo que se presente la demanda. Esto garantizará la naturaleza de la cuestión hasta el momento de la audiencia y eficacia de dicha providencia.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/>	SI	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono:	e-mail:	
	0990103735	luisalbertofreilep@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	