



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN
Y DE ACCESO A LA JUSTICIA.**

AUTOR:

AB. PLAZA ZÚÑIGA JAVIER ANDRÉS

**“TRABAJO DE TITULACIÓN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL”**

TUTOR:

DR. LEONARDO MASSIMINO

Guayaquil, Ecuador

2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por Abogado Javier Andrés Plaza Zúñiga, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

DIRECTOR DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

LEONARDO MASSIMINO

REVISOR(ES)

Lic. María Veronica Peña, PhD, Revisor Metodológico

Dra. Alejandra Cárdenas, Revisor de Contenido.

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Magíster Miguel Hernández, Director de la Maestría
Guayaquil, a los catorce días del mes de junio del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, ABG. JAVIER ANDRÉS PLAZA ZÚÑIGA

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación **LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y DE ACCESO A LA JUSTICIA** previa a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional** ha sido desarrollada 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, a los catorce días del mes de junio del año 2021.

JAVIER ANDRÉS PLAZA ZÚÑIGA



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, AB. JAVIER ANDRÉS PLAZA ZÚÑIGA

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación Magíster en Derecho Constitucional** titulada: **LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y DE ACCESO A LA JUSTICIA**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los catorce días del mes de junio del año 2021.

EL AUTOR:

JAVIER ANDRES PLAZA ZUÑIGA

Correos: Javier Plaza Zuñiga - x | Recibidos (1.010) - javierplaza: x | D107454108 - TESIS LA MED: x | (13) WhatsApp | Curso: TUTORIA DE PROYECT: x

secure.orkund.com/old/view/102468496-850260-346118#Fcs7DslwEEXRvbiO0JvxL5OtoBQoAuSCNckRe8e3Od35ps+VtrvZWpZjhQYdVohJC...
Aplicaciones | Dominios Casos -... | Consulta de Personas | Firma electronica R... | BOYACA EMISION... | Reducir el tamaño... | Outlook.com - Corr... | HP PCs - Testing for... | Lista de lectura

URKUND

Documento: [TESIS LA MEDIACION COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS DE PROTECCION Y DE ACCESO A LA JUSTICIA](#)
([correcciones metodologica y contenido.doc](#) (D107454108))

Presentado: 2021-06-02 01:53 (-05:00)

Presentado por: viviana.betty@yahoo.com

Recibido: miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje: TESIS AB PLAZA URKUND (CONSTITUCIONAL TMA B) [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 54 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	https://www.oas.org/juridico/odfs/mesicid4_ecu_const.pdf <input checked="" type="checkbox"/>
Fuentes alternativas	
Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

99% #1 Activo Archivo de registro Urkund: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / tesis ab javier plaza 2da ... 99%

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
TEMA:
LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y DE ACCESO A LA JUSTICIA.
AUTOR:
AB. PLAZA ZUÑIGA JAVIER ANDRÉS
"TRABAJO DE TITULACIÓN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL"

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
TEMA:
LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y DE ACCESO A LA JUSTICIA.
AUTOR:
AB. PLAZA ZUÑIGA JAVIER ANDRÉS
"TRABAJO DE TITULACIÓN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL"

Escritorio 26°C Bruma 11:13 11/06/2021

[https://secure.orkund.com/old/view/102468496-850260-346118#Fcs7DslwEEXRvbiO0JvxL5OtoBQoAuSCNckRe8e3Od35ps+VtrvZWpZjhQYdVohJC...
AwcMjCCEYxgBCPmcAkMHDIUqND2JV3jfY7XOB7n8UybbpsuVd1r9KYi5d8f](https://secure.orkund.com/old/view/102468496-850260-346118#Fcs7DslwEEXRvbiO0JvxL5OtoBQoAuSCNckRe8e3Od35ps+VtrvZWpZjhQYdVohJC...)

AGRADECIMIENTO

A Dios, que me ha dado la vida y la capacidad de imaginar, sentir y anhelar intensamente la búsqueda de mejoramiento y superación personal.

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, institución en la cual siempre anhele estudiar, la misma que con satisfacción he concluido y en la cual deseo con el mismo fervor volver para ser Docente.

Y a la vida, que me ha permitido conocer, experimentar, triunfar y caer la cantidad de veces necesarias para saber valorar con mesura y humildad la prosperidad y entender sin cuestionar las dificultades.

JAVIER ANDRES PLAZA ZUÑIGA

DEDICATORIA

*A mi esposa Marthita, a mis tres hijos Xavier, Andres y Bruno,
los cuales con su existencia, amor y compañía han incidido positivamente
en la conformación de este refugio de amor, al cual con orgullo llamo hogar.*

*A mi mamá Gioconda, mi papá Fernando y hermanos Fernando, Juan Carlos y Daniel,
con quienes inicié este transitar por la vida y donde siempre tuve felicidad, vivencias y
principalmente donde entendí de donde venia y hacia donde decidía ir
y que gracias a Dios aún puedo disfrutar de su compañía.*

*A mi nueva familia, suegros, cuñados, sobrinos, quienes, con su experiencia,
percepción y alegría han complementado mi hogar.*

*A mis amigos, compañeros, colegas, todos en general, de quienes he aprendido y observado su
percepción, enfoque y conclusiones sobre el tema con el cual pude conocerlos.*

JAVIER ANDRES PLAZA ZUÑIGA

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL.....	VIII
RESUMEN.....	X
ABSTRACT.....	XIV
CAPITULO UNO: INTRODUCCIÓN	1
1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1 OBJETO DEL ESTUDIO.....	3
1.2 CAMPO DE ACCIÓN.....	3
1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1.3.1 JUSTIFICACIÓN.....	7
1.3.2 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.....	8
1.3.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	9
1.3.4. HIPÓTESIS	9
1.4 PLAN DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN	10
CAPÍTULO DOS: MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
2.1 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	12
2.1.1 PRESENTACIÓN DEL DEBATE.....	13
2.1.2 ESTADO DE SITUACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE ACCESO A LA JUSTICIA.....	14
2.1.3 BASES TEÓRICAS	16
2.1.4 LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	35
2.1.5. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO UNA FASE ANTERIOR AL ACCESO A LA JUSTICIA ORDINARIA.....	42
2.1.6 ANÁLISIS DEL SISTEMA COURT ANNEXED MEDIATION (MEDIACIÓN ANEXA A LA CORTE).....	45
2.2 MARCO LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE GUARDAN ARMONÍA EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.....	46
2.2.1 CONVENCIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS	46
2.2.2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR.....	47
2.2.3 LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	50
2.2.4 NORMAS CONEXAS	52
CAPÍTULO TRES: MARCO METODOLÓGICO DEL TRABAJO	53

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	53
3.2 VARIABLES DE LA HIPÓTESIS.....	53
3.3 DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES	53
3.4 DEFINICIÓN OPERACIONAL DE LAS VARIABLES – CONSTRUCCIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS: CUESTIONARIO.....	54
3.5 CUESTIONARIO.....	58
3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	59
3.6.1 LA POBLACIÓN.....	59
3.6.2 LA MUESTRA	59
3.7 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	61
3.7.1 MÉTODO TEÓRICO.....	61
3.7.2 MÉTODO EMPÍRICO.....	62
3.8 PROCEDIMIENTO.....	62
3.9 TIPO DE ESTUDIO	63
CAPÍTULO CUATRO: ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	63
4.1 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	63
CAPÍTULO CINCO: PROPUESTA DE INTERVENCIÓN	77
5.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	77
5.2 JUSTIFICACIÓN	78
5.3 OBJETIVOS	79
5.4 ALCANCE Y BENEFICIOS.....	79
5.5 DESARROLLO	80
CAPÍTULO SEXTO: CONCLUSIONES.....	84
CAPÍTULO SÉPTIMO: RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA.....	90
TABLA DE GRÁFICOS.....	X

TABLA DE GRÁFICOS.

<i>Figura 1 - Casos atendidos en Mediación en Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial de enero a diciembre del 2019.....</i>	<i>61</i>
<i>Figura 2 -Pregunta 1: ¿El tener que participar en un proceso judicial, como demandante o demandado, genera en usted una sensación de temor, incomodidad o malestar?.....</i>	<i>64</i>
<i>Figura 3 - Pregunta: ¿Conoce usted el concepto de Mediación?</i>	<i>65</i>
<i>Figura 4 - Pregunta 3: ¿Si tuviera un conflicto con otra persona en el cual pudiera resolverlo de forma definitiva sin tener que acudir a un juicio, optaría por esta alternativa?</i>	<i>65</i>
<i>Figura 5 – Pregunta 4: ¿Siente más protección de sus derechos decidiendo usted mismo sobre el problema que tenga o delegando a un juez que decida por usted?</i>	<i>66</i>
<i>Figura 6 - Pregunta 5: ¿Considera usted que, si el acuerdo firmado en mediación es cumplido, evitando así un juicio, usted tendría la sensación de que se hizo justicia?</i>	<i>67</i>
<i>Figura 7 - Pregunta 6: ¿Considera usted que en juicios de niñez y familia acudir a mediación debería ser obligatorio antes de proponer una demanda?</i>	<i>68</i>
<i>Figura 8 - Pregunta 7: ¿Considera usted que en conflictos de cobranza se debería intentar reestructura la deuda por medio de mediación antes de presentar una demanda?</i>	<i>69</i>
<i>Figura 9 - Pregunta 8: ¿Considera usted que en conflictos laborales debería ser obligatorio intentar resolver la controversia en mediación antes de iniciar un juicio? .</i>	<i>70</i>
<i>Figura 10 - Pregunta 9: ¿Considera usted, que participar voluntariamente en un proceso de mediación en el cual usted negocia directamente el acuerdo, sin que un tercero (un juez) decida por usted, una forma de acceder a la justicia?.....</i>	<i>71</i>

<i>Figura 11 - Pregunta 10: ¿Tiene conocimiento sobre su derecho constitucional a la libertad de contratación, el cual consiste en la capacidad de decisión sobre sus derechos u obligaciones?</i>	<i>72</i>
<i>Figura 12 - Pregunta 11: ¿Tiene conocimiento de que la Constitución del Ecuador le garantiza el acceso a la justicia?</i>	<i>73</i>
<i>Figura 13 - Pregunta 12: ¿Conoce usted que la Constitución reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos?</i>	<i>74</i>
<i>Figura 14 - Pregunta 13: ¿Sabe usted que la mediación es un acuerdo firmado entre dos personas en compañía de un mediador, en el cual los acuerdos, obligaciones o reconocimientos ahí establecidos, tiene igual valía que una sentencia de cosa juzgada?</i>	<i>75</i>
<i>Figura 15 - Pregunta 14: ¿Tiene usted la percepción de que al participar en un juicio se protegerán sus derechos?</i>	<i>76</i>

RESUMEN

Nuestra Constitución establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y dentro de la carta magna forman parte el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

No obstante, el reconocimiento constitucional a estos derechos no ha necesariamente dado una solución integral a los requerimientos de justicia del país, esta debilidad que tiene el Estado frente a la garantía y respeto de los derechos de protección.

La consecuente violación de estos derechos a las ciudadanas y ciudadanos, propicia la necesidad de identificar el problema raíz y proponer alternativas de solución que puedan utilizarse como una herramienta idónea para que el Estado subsane la situación que se vive actualmente.

La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto (Asamblea Nacional, 2006).

No obstante, la sola existencia de este mecanismo legal como un medio de acceso a la justicia no puede considerarse un aporte determinante a un camino de solución del problema si la utilización de dicho método no es obligatoria en la etapa previa a un proceso en la justicia ordinaria.

Por lo cual, ante la ausencia de normativa que direcciona y mande la aplicación de este método alternativo de solución de conflicto y no habiendo parámetros que excluyan o restrinjan controversias de diminuta cuantía o conflicto, esto puede haber

incidido en una congestión procesal de causas que por su naturaleza, dimensión o relevancia social pudiesen o pudieron ser atendidas en un centro de mediación.

De utilizarse previamente un acuerdo extrajudicial voluntario, se materializarían dos circunstancias fácticas: la primera que las partes en conflicto tendrían capacidad de ejercer su derecho constitucional a la libre contratación, expresado como su voluntad y su capacidad de decisión la solución del conflicto que se requiere solución. La segunda, que al contarse con una alternativa obligatoria, los conflicto derivados a mediación se convierten automáticamente en una solución que no necesito ser atendida en la justicia ordinaria.

Si bien es cierto Ecuador cuenta con un ordenamiento jurídico existente, todo sistema judicial puede adolecer de circunstancias propias de la realidad económica del país que pueden afectar su correcto desarrollo, a su vez, todo sistema judicial es perfectible y debe ser un compromiso perenne de los administradores del Consejo de la Judicatura el evaluarse y formularse constantemente propuesta de mejoramiento.

Este estudio propone crear un análisis en el cual se evalué instrumentar a la mediación como parte de una etapa pre procesal, siendo un habilitante para el inicio de acciones legales en sede jurisdiccional, con la finalidad de por medio de un acuerdo con efectos de sentencia, obtener el acceso a la justicia sin necesidad de incurrir en un proceso judicial.

PALABRAS CLAVES

Mediación, acceso a la justicia, tutela judicial, derecho a contratación, voluntariedad.

ABSTRACT

The arbitration and mediation law in Ecuador defines mediation as a conflict resolution procedure by which the involved parties are assisted by a third party named the “mediator” the person who helps negotiate between two feuding parties with the purpose to remain in the neutral middle rather than taking one side over another, in order to help both sides resolve a dispute.

However, just the existence of this legal mechanism as an access to obtain justice it is not a mandatory in our legislation to initiate a legal prosecution, which coincide a legal procedure congestion that for a legal causes which for their origins, dimension and or social relevance it could or could not be in attendance of in a mediation stage, propitiating with this extra judicial voluntary agreement that all parties in conflict exert their constitutional rights to the free procurement, stated as per their free will and their own decision capacity, preserving people’s right in the event that they can’t come to a mutual agreement or concur to a legal court procedures.

This study wishes to create an analysis in which mediation is considered as a pre-procedural path and an enabling condition for the initiation of legal actions in the jurisdictional venue, in order to obtain, through an agreement with judgment effects , access to justice without the need to go through a judicial process.

TEMA:
**LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN
Y DE ACCESO A LA JUSTICIA.**

CAPITULO UNO: INTRODUCCIÓN

1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Ecuador, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos de las personas y que están garantizados en la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

No obstante, el reconocimiento constitucional a estos derechos no ha dado necesariamente una solución integral a los requerimientos de justicia del país, esta debilidad que tiene el Estado frente a la garantía y respeto de los derechos de protección y la consecuente violación de estos derechos a las ciudadanas y ciudadanos, propicia la necesidad de identificar el problema raíz y proponer alternativas de solución que puedan utilizarse como una herramienta idónea para que el Estado subsane la situación que se vive actualmente.

Con la promulgación de la Constitución del 1998, el Ecuador paso a dar relevancia constitucional a los medios alternativos de solución de conflictos, entre los cuales se situó a la Mediación, definiendo dentro del artículo 191 el reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos (Asamblea Nacional Constituyente, 1998)

La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto (Asamblea Nacional, 2006).

No obstante, la sola existencia de este mecanismo legal como un medio de acceso a la justicia no puede considerarse un aporte determinante a un camino de solución del problema si la utilización de dicho método no es obligatoria en la etapa previa a un proceso en la justicia ordinaria.

Por lo cual, ante la ausencia de normativa que direcciona y mande la aplicación de este método alternativo de solución de conflicto y no habiendo parámetros que excluyan o restrinjan controversias de diminuta cuantía o conflicto, esto puede haber incidido en una congestión procesal de causas que por su naturaleza, dimensión o relevancia social pudiesen o pudieron ser atendidas en un centro de mediación.

De utilizarse previamente un acuerdo extrajudicial voluntario, se materializarían dos circunstancias fácticas: la primera que las partes en conflicto tendrían capacidad de ejercer su derecho constitucional a la libre contratación, expresado con su voluntad y su capacidad de decisión, la solución del conflicto que se requiere atención.

La segunda, que, al contarse con una alternativa obligatoria, los conflictos derivados a mediación se convierten automáticamente en una solución cuantificable que no necesita ser atendida en la justicia ordinaria y que, por ende, beneficia directamente al estado en su deber de respetar y hacer respetar los derechos de las personas.

1.1 OBJETO DEL ESTUDIO

Este estudio se enfocará en analizar la factibilidad de utilizar la mediación de forma obligatoria en una etapa extrajudicial pre procesal en la justicia ordinaria, en las materias legales donde la ley permite a las partes en conflicto la capacidad de transigir.

A su vez, plantear que la mediación previa puede volverse un medio eficaz de acceso a la justicia y con esto, consagrar los principios de economía y celeridad procesal como principios rectores de la función judicial.

Esto en virtud de que el hecho de suscribir un acta de mediación, que implícitamente le otorga al acuerdo de partes efectos de sentencia de última instancia y cosa juzgada, podría considerarse como la materialización de la tutela judicial efectiva.

Finalmente, esta medida previa, permitirá depurar la justicia ordinaria de procesos judiciales que pueden resolverse previamente sin necesidad de ser incorporados al sistema de justicia ordinaria.

1.2 CAMPO DE ACCIÓN

El campo de acción es el estudio de la mediación dentro de los métodos alternativos de solución de conflicto, proponiendo la asistencia a un centro de mediación como actividad previa y obligatoria, con la finalidad de utilizar una herramienta jurídica eficiente para resolver conflictos, considerando que al celebrarse una mediación con un acuerdo total el mismo adquiere el equivalente de una sentencia.

Por lo cual, el campo de acción serán todos los procesos judiciales en Ecuador que sean regulados por el Código Orgánico General de Procesos.

Esta investigación plantea evidenciar la debilidad en el ejercicio de los derechos de protección que actualmente no puede el Estado resolver y como una medida positiva de atención proponer una reforma legal al Código Orgánico General de Procesos que

disponga la obligatoriedad de comparecencia previa a un centro de mediación, con la finalidad de incidir en el descongestionamiento de causas represadas en los juzgados.

1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Ecuador la potestad de administrar justicia ordinaria es ejercida por la Función Judicial por disposición constitucional, esta entidad pública y autónoma es la herramienta para materializar los derechos de protección y acceso a la justicia, siendo el objetivo principal de la Función Judicial el administrar Justicia, la cual emana del pueblo y se ejerce por la Función Judicial (Asamblea Nacional Ecuador, 2009).

Con la finalidad de que a todas las personas se les garantice derechos fundamentales como el acceso a la justicia un debido proceso, además de contar con un sistema judicial independiente entre otros principios establecidos en la Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial, es el Estado quien tiene la obligación, a través de sus instituciones, entre ellas el Consejo de la Judicatura, en emitir las políticas administrativas, que propicien una transformación en la Función Judicial, teniendo como resultado el ofrecer un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las personas atendidas.

De igual forma, nuestra constitución dispone que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (Asamblea Nacional Ecuador, 2009).

Esto conlleva implícitamente un mandato de exclusividad jurisdiccional, lo cual conduce a que solo los Juzgados y Tribunales ejerzan un aparente monopolio de la potestad jurisdiccional.

No obstante, que existen normas lo suficientemente garantista que consagren el cumplimiento de los principios rectores de la Función Judicial, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 7 dispone que la jurisdicción y la competencia nacen de

la Constitución y la ley y que solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional en la justicia ordinaria las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones (Asamblea Nacional, 2009).

El problema se suscita cuando en la práctica cotidiana los ciudadanos perciben y evidencian dilaciones, ineficacia, inconformidad en el desarrollo del proceso creando una sensación de que la justicia ordinaria no cumple con las normas procesales que consagrarán los principios establecidos en la propia ley.

Y sobre una percepción social de acceso a la justicia, es importante considerar el cual desarrollos interrogantes necesarias con la medición de estas y un planteamiento consistente en:

- a) ¿Los ciudadanos perciben al sistema judicial como un recurso al que pueden acceder?;
- b) ¿Los ciudadanos confían en sus instituciones de justicia?;
- c) ¿Los ciudadanos confieren a sus instituciones la legitimidad que el sistema de justicia necesita para existir y funcionar con eficacia? (Tyler, 2014, p.51)

Por consiguiente, del desarrollo y análisis de estas preguntas debería concebirse en una nueva interrogante concreta, la cual sería:

¿Podría ser la mediación un mecanismo legal idóneo, por el derecho constitucional a la libre contratación de los intervinientes en conflicto, una opción válida en la cual el estado garantice derechos fundamentales como el acceso a la justicia de las personas y por consiguiente, acceder a una tutela judicial efectiva?

La Constitución de la república del Ecuador del año 2008 reconoce a la mediación dentro de los procedimientos alternativos para la solución de conflictos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Esto con la finalidad de que los mismos sean mecanismos jurídicos que puedan usarse por las personas bajo la garantía del derecho constitucional de acceso a la justicia, que se nos reconoce y garantizará a todas las personas. Este proceso de mediación es un acuerdo voluntario entre dos partes en conflicto los cuales con la ayuda de un tercero neutral llamado mediador, el cual brinda un direccionamiento y con su firma solemniza un acuerdo con efectos de sentencia.

El marco legal define a la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (Asamblea Nacional, 2006)

Dentro de las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces esencialmente está la de ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes (Asamblea Nacional, 2009).

Al ser el director de una audiencia, tienen la capacidad de propiciar una conciliación de las partes y sin que esto se pueda considerar que esta prevaricando en sus funciones y durante las distintas etapas del proceso convocarlas a audiencia, el problema está en que los jueces tienen esta capacidad dentro de un proceso judicial, cuando las partes en conflicto ya activaron el andamiaje judicial y están alineados a una etapa procesal, lo cual conlleva tácitamente el uso y destino del sistema judicial para intentar propiciar una conciliación la cual puede realizarse sin necesidad de tener que ser partes procesales dentro de la justicia ordinaria.

Si se considera que los juzgados ordinarios pueden llegar a saturarse, incluso innecesariamente, de problemas de materia transigibles, definiéndose materia transigible como:

Debe ser alguna cosa que esté en el comercio o un hecho que no sea ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres o que se oponga a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudique a un tercero en sus derechos (Bitbol, 1981)

Ante lo cual, sería poco eficiente con el principio de economía procesal, pretender que en dicha etapa se propicie una conciliación que pudo resolverse sin necesidad de incurrir a juicio.

Por lo cual, este análisis está direccionado en dejar en evidencia una problemática social actual, la cual consiste en el poco acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, por lo cual, corresponde emitir una opinión jurídica y un planteamiento a la sociedad, de que puede la mediación cumplir como medio de solución a esta problemática anunciada y por consiguiente, que el acceso a la justicia se puede garantizar disponiendo la obligatoriedad de activar métodos alternativos de solución de conflictos como un requisito previo en controversias, en las cuales las partes puedan ejercer su legítimo derecho a decidir y celebrar acuerdos en materias no penales.

1.3.1 JUSTIFICACIÓN.

Esta investigación se articula directamente en aplicación de los derechos fundamentales como son el acceso a la justicia y el acceso a una tutela judicial efectiva, como parte de los derechos de protección y su interacción con un derecho de libertad como es el de libertad de contratación, reconocidos tanto en la Constitución de la República, como en instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano.

Es necesario realizar esta investigación *por qué* su desarrollo estará enfocado en demostrar que la mediación garantiza, sin necesidad de incurrir en un proceso judicial en sede jurisdiccional al acceso a la justicia y el ejercicio de los derechos de protección.

De igual forma, esta investigación aplicada proporcionará una propuesta de reforma legal, *para qué* la misma sea puesta a consideración y análisis por parte de la Asamblea Nacional.

La motivación de esta investigación es iniciar un análisis jurídico de la factibilidad de utilizar la mediación como un mecanismo eficaz de solución de conflictos como una vía idónea que sustituya el proceso judicial ordinario tradicional, con la finalidad de que los operadores de justicia ordinaria puedan destinar los recursos en procesos donde realmente una transacción no ser avizora como solución inicial

1.3.2 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

Dentro de este proyecto de investigación y el desarrollo de su análisis, es importante el plantear en el análisis las siguientes preguntas:

- a) ¿Es necesario depurar el acceso a la justicia ordinaria, sin restringir el acceso a la misma?
- b) ¿Puede la mediación ser un mecanismo legal que aporte a dicha depuración de acceso a la justicia?
- c) ¿Debe ser necesario establecer una etapa obligatoria de mediación previo a un proceso judicial en la justicia ordinaria?

1.3.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

1.3.3.1 OBJETIVO GENERAL.

Realizar un estudio integral con la finalidad de determinar si ante la problemática de falta de acceso a la justicia puede imperar una reforma legal, que propicie la utilización previa y obligatoria de la Mediación con la finalidad de depurar el acceso a la justicia y suplir esta falta de acceso.

1.3.3.2 OBJETIVO ESPECÍFICO.

- a) Analizar la normativa pertinente a los métodos alternativos de solución de conflictos.
- b) Realizar un estudio comparativo y descriptivo en el derecho comparado de métodos alternativos de solución de conflicto de otros países de la región.
- c) Realizar un análisis de cuáles principios, derechos y garantías constitucionales pueden desarrollarse y protegerse de forma más eficiente.
- d) Proponer reformas a las normas legales con la finalidad de que incidan directamente en la utilización de la mediación previo al inicio de un proceso judicial.

1.3.4. HIPÓTESIS

Bajo las consideraciones establecidas previamente, puede considerarse dentro de esta investigación las siguientes hipótesis:

“Un proceso de mediación previo al proceso judicial garantiza el acceso a la justicia ordinaria”

1.4 PLAN DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación realizada se plantea bajo la siguiente estructura explicativa desarrollada de la siguiente forma:

Se evaluó objetivamente el planteamiento del problema, enfocando este estudio en la protección del derecho al acceso a la justicia y por consiguiente, la protección y acceso a una tutela judicial efectiva utilizando un mecanismo existente (mediación) cuya fuente principal es la libertad de contratación.

No obstante, estos derechos mencionados al estar consagrados en la Constitución y al existir estructuras jurídicas que permiten la debida utilización y desarrollo de dichos derechos, el planteamiento del estudio estuvo incidido por la aplicación de un método existente y que goza de reconocimiento constitucional como lo es la Mediación.

Una vez identificado el objeto del estudio se estructuró el campo de acción justificando preliminarmente la consideración de la mediación como mecanismo base del estudio, se elaboraron preguntas de investigación, objetivos y se plantearon dos hipótesis con la finalidad de comprobar si la propuesta de análisis conlleva una aplicación enmarcada a las necesidades identificadas y con la capacidad de poder atenderse.

Se continuó con la elaboración de un marco teórico de la investigación en la cual se exploró los antecedentes del estudio, bases teóricas analizadas, exploración de los derechos constitucionales seleccionados para la investigación, se realizó un contraste a fuentes relacionadas con los derechos constitucionales expuestos, conduciendo este análisis a repasar elementos axiológicos como la dignidad humana, sociológicos como el conflicto y teorías económicas como de la motivación humana, todos enfocados y evaluados bajo la misma perspectiva de análisis de la mediación como una fuente de integración de estos preceptos citados.

Se exploró el marco legal existente en el ordenamiento jurídico, dando atención especial a los tratados internacionales celebrados y reconocidos por Ecuador, nuestra norma jerárquica superior como lo es la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación y distintas normas conexas necesarias para el estudio.

Una vez analizados e incorporados los elementos doctrinarios, legales y jurisprudenciales, fue necesario el establecer un planteamiento metodológico con la finalidad de establecer el método científico, población, muestra, procedimiento y tipo de estudio.

El estudio continuó con un análisis de resultados de las encuestas realizadas, una propuesta de intervención en la cual se expondrán los motivos, su justificación, objetivos, alcance y beneficios de la misma.

Finalmente se exponen las conclusiones y recomendaciones integrales emergidas del estudio con la finalidad de que el mismo sea percibido como una herramienta que aporte a la ciencia del derecho.

CAPÍTULO DOS: MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.

La argumentación de este proyecto de investigación tiene como base una aplicación jurídica a los métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales este proyecto se enfocará exclusivamente en la mediación, por lo cual, este análisis propenderá a demostrar objetiva y pragmáticamente.

De igual forma, como la utilización previa y obligatoria de un método alternativo de solución de conflictos como lo es la mediación, puede garantizar el acceso a la justicia ordinaria, además, que, en su utilización, incluso siendo extrajudicial, puede protegerse derechos fundamentales garantizados a todos los ciudadanos, como son el acceder y requerir justicia, contar con una tutela judicial efectiva eficiente que consagre los principios que la desarrollan y el derecho de elegir y contratar libremente, de igual forma en que se protegen dentro de un proceso judicial.

Todos estos derechos tienen en común que son fundamentales, convencionales y constitucionales, este estudio demostrará que, utilizando una argumentación jurídica exploratoria a el núcleo esencial de cada derecho fundamental, se propiciará una comprensión jurídica de la factibilidad de la implementación de este método de solución de conflictos como una forma de restaurar la armonía del derecho afectado.

En Ecuador la mediación tiene su propia estructura legal, la cual la Ley de Arbitraje y Mediación, la misma es una norma de jerarquía orgánica y su utilización tiene concordancia directa con otras normas procesales como son el Código Orgánico General de Procesos que es de utilización obligatoria en todos los procesos no penales y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Del análisis de los derechos constitucionales vinculados al análisis, se observarán como marco de referencia algunas sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador en virtud de que las mismas al ser establecidas por nuestra propia carta magna como precedentes constitucionales de cumplimiento obligatorio, esto con la finalidad de revisar el desarrollo jurisprudencial de los jueces de la corte sobre el entendimiento de los derechos constitucionales objeto del análisis, así como normas legales de otras naciones donde la mediación si es usada como una etapa previa obligatoria y finalmente doctrina relacionada con el objeto de investigación.

2.1.1 PRESENTACIÓN DEL DEBATE.

Este estudio plantea la necesidad de atender una problemática social del Ecuador, la poca capacidad de nuestra administración de justicia de consagrar dentro del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva el principio de celeridad procesal y economía procesal.

Podría ser la concepción de esta congestión procesal un hecho fáctico, de que el derecho del acceso a la justicia depende del cumplimiento de requisitos de forma establecidos en la ley sin ningún tipo de discriminación en su naturaleza, cuantía, tiempo previo en el conflicto, etc., provocando esto que controversias menores, conflictos mal direccionados en su forma de solución, incidencia de asesoramientos legales litigantes entre otras circunstancias, pudieron contribuir a que exista actualmente una acumulación de procesos, que bajo otras normas legales hubiesen podido evitarse procesos judiciales innecesarios.

Es por esta interrogante la necesidad de evaluar si la mediación puede brindar una alternativa de solución que depure el acceso a la justicia, beneficiando con esto a todo el sistema judicial, disminuyendo los procesos judiciales y tácitamente beneficiando que los operadores de justicia destinen los recursos del estado a causas que verdaderamente necesitan atención judicial.

2.1.2 ESTADO DE SITUACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE MEDIACIÓN COMO MÉTODO DE ACCESO A LA JUSTICIA.

Dentro de los antecedentes del estudio, destaco los trabajos realizados previamente por universidades ecuatorianas, el primer trabajo titulado “*LA MEDIACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA*”. Este aporte señala que:

Bien podríamos afirmar que si las partes, en virtud de su voluntad arriban a un acuerdo que tiene los efectos anotados, se transforman en los jueces de sus propios problemas, ya que dictan ellas mismas la solución obligatoria; hecho que fundamenta la teoría de que la mediación también es un medio para la realización de la justicia (Castelblanco, 2008).

Dicho análisis se enmarcó en la participación de los abogados como parte integral del proceso de obtención de justicia, pero desde la óptica tradicional de considerar al abogado como un defensor litigante del derecho que se considera vulnerado, de igual forma realiza un análisis de la mediación usada como un convenio inmerso dentro de otro instrumento, el cual en caso de controversia del objeto del contrato principal, la mediación brinda un camino previo como herramienta de solución de conflicto para no asistir a la sede jurisdiccional.

El segundo antecedente del estudio se basa en otro artículo de la autoría del Dr. José Vicente Troya Jaramillo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador de título “*Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho tributario internacional*”, en este análisis del año 2004 ya se planteaba la importancia de utilizar los medios alternativos de solución de conflicto con el sector público en controversias de índole tributaria, citando para su análisis una valoración en la cual criticó a la jurisprudencia en los siguientes términos:

En contra de lo establecido por la jurisprudencia, la posibilidad de negociar contractualmente no se limita a las incertidumbres sobre el supuesto de hecho, sino que también puede comprender las que se refieran al Derecho. Como ya se

ha expuesto, no siempre es posible una separación nítida entre cuestiones fácticas y jurídicas. Además, existe una necesidad legítima de aclaraciones concordadas relativas a una cuestión de Derecho sin que se produzca ninguna lesión al principio de legalidad” (Seer, 1996, pag. 155).

Podemos de igual forma repasar definiciones de mediación de otros tratadistas, en los cuales definen que la mediación consiste en:

La mediación, concebida en un sentido amplio, pero a la vez en un marco de acción específica, entendida como proceso de acompañamiento no dirigido del ciudadano, se presenta como una de esas formas de gestión de la comunicación, de las relaciones humanas, de los aprendizajes y de los conflictos en el tiempo presente. Se trata, en suma, de una nueva figura institucional por la que los intervinientes tienen la oportunidad de hacer valer su propia visión de la realidad y de buscar el entendimiento con el otro a partir de la aceptación de diferencias y contingencias, teniendo como testigo a un agente social consciente de la nueva realidad (Morante, 2010, pag. 13)

Para otro tratadista un proceso de mediación es:

La mediación es la intervención en un conflicto de una tercera parte neutral que ayuda a las partes opuestas a manejar o resolver la disputa. La tercera parte imparcial es un mediador quien utiliza diversas técnicas que ayudan a los contendientes a llegar un acuerdo consensuado con fin de resolver su conflicto (Grover, 1996).

Ambas definiciones de mediación, concuerdan en la importancia de un tercero neutral y su participación dinámica en la gestión del conflicto y su direccionamiento a la solución del mismo, siendo fundamental su capacidad de propiciar el dialogo entre las partes con la finalidad de materializar un acuerdo que resuelva la controversia.

2.1.3 BASES TEÓRICAS

Este proyecto de investigación establecerá como bases teóricas distintas fuentes, sean estas jurídicas, históricas e incluso económicas, con la finalidad de brindar conocimiento y puedan integrar fundamentos al planteamiento del problema que se ha formulado.

Se realizará una revisión a argumentos elementales de cada uno buscando las fuentes documentales que permitan descubrir, extraer y recopilar la información necesaria para la investigación.

2.1.3.1 DERECHOS CONSTITUCIONALES EJERCIDOS EN UN ACUERDO DE MEDIACIÓN.

El derecho constitucional es la principal rama del derecho público, en la que corresponde primordialmente el estudio de la Constitución del Estado. Su posición es central y jerárquicamente superior dentro de todo el ordenamiento jurídico del país. Todas las normas de la sociedad están irradiadas por los fundamentos y principios que la concibieron y por lo cual deben subsumirse a la misma, so pena de ser expulsadas del ordenamiento jurídico en caso de ser determinadas como contrarias a la misma.

La mediación, en contexto, agrupa la interacción de varios derechos ejercidos por las partes, y a su vez, evidencia como un mecanismo de acceso inmediato y veloz de la aplicación de derechos, siendo el acuerdo celebrado por esta vía, un instrumento idóneo para resolver conflictos.

Este acuerdo lleva consigo no solo la protección y ejercicio de derechos, brinda la capacidad a las partes de ejercer activamente los derechos humanos requeridos de utilización o de protección y que son considerados en nuestra constitución.

Podríamos considerar que el derecho constitucional puede clasificarse como una rama del derecho público que estudia la estructura del Estado, su rol, capacidades y limitantes dentro del marco de la Constitución Política, así como la relación del ser

humano frente a la estructura estatal, la cual al desarrollar su organización y funcionamiento como entidad de control y poder del Estado, puede con la utilización de sus políticas públicas garantizar aspectos fundamentales así como el desarrollo de las instituciones que dan soporte organizativo a la vida estatal.

Al ser la mediación una forma alternativa de solución de conflictos y ser parte del ordenamiento jurídico del Ecuador, tanto en la constitución como en la ley, la misma puede ser un enlace en esta relación estado ciudadano, ya que el estado dentro de sus capacidades y estructuras organizativas de administración de justicia, tiene la obligación de brindar las herramientas y alternativas para que los ciudadanos ejerzan activamente sus derechos.

Y dentro de esta organización y funcionamiento del estado del poder en sus aspectos fundamentales está la organización de las instituciones del Estado, dentro de las cuales y con la finalidad de conducir esta investigación está la conformación de la función judicial, la cual nuestra Constitución señala como principios de su administración “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Por lo aquí expuesto, la mediación matiza derechos constitucionales fundamentales en la protección y libertad de derechos, siendo este instrumento reconocido en la constitución y cuyo ejercicio permitirá el ejercicio de los derechos que a continuación se estudiarán.

2.1.3.1.1 DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN.

Los derechos de libertad son aquellos inherentes a la persona humana, en cuando tal, y están consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en nuestra constitución. Forman parte de tales derechos, el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a formar familia, la libertad de locomoción, la libertad de contratación, etc. (Naranjo, 2003 pag. 101)

Los derechos de libertad en nuestra constitución son los que se detallan en el artículo 66 en el cual el estado reconoce y garantiza una serie de derechos inherentes al pleno desarrollo de las decisiones y acciones de las personas a ejercerse en el libre impulso de su conciencia, personalidad, actividades personales o profesionales y en general a las acciones propias de su capacidad de desarrollo de su vida.

Parecería imperativo al hablar de libertad, tener que hacer referencia a la posible circunstancia que libertad es hacer lo que uno decida. No obstante, no es tan simple, ya que convivir en sociedad conlleva obligaciones y derechos que deben ser los parámetros de control de esta precipitada teoría de que “libertad es hacer lo que uno quiere”, siendo insuficiente pensar que a libertad esta divorciada de un marco de derecho que la norme y regule, sea este propio del derecho natural o del derecho positivo.

Sobre esto se ha afirmado:

Por tanto, cuando un individuo disfruta de libertad emerge una garantía de actuación frente a terceros, ya que no sólo opera como principio permisivo, “sino que el gobierno y las demás personas tienen que tener el deber jurídico de no obstaculizar”, garantizándole un campo de actuación sin interferencias ni limitaciones (González D. , 2003, pag. 228).

Si se revisase doctrina sobre la relación libertad-dignidad sería preciso analizar que “El hombre es libre por naturaleza, por el mero hecho de ser hombre. Ser hombre libre equivale a ser hombre digno. El ser humano, la dignidad, la razón, la libertad, la personalidad, son lo mismo o, cuando menos, van unidos” (Garate, 1995, pag. 22).

Si debemos analizar hechos y antecedentes que aporten en esta investigación a comprender la injerencia y vínculo existente entre el derecho a la libre contratación y la actividad humana, es fundamental estudiar la norma origen desde el punto de vista legal, quizás la más importante expresión de reconocimientos a derechos de la historia moderna de la humanidad y esto sin dudas es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente

francesa el 26 de agosto de 1789, siendo un instrumento fundamental para definir los derechos personales, comunitarios y universales.

En su artículo 4 se dispuso:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley. (Constituyente, 1978)

De igual forma, se ha dispuesto que todas las personas tienen derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, así como la de impedir que nadie pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Ahora, para seguir comprendiendo el alcance de la libertad de contratación debemos exponer que entendemos por contratar.

La palabra libertad es la “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos” (Cabanellas, 1979).

La palabra contrato es el “acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”. (Cabanellas, 1979).

Ante lo cual, podríamos conceptualizar en que la libertad de contratación es la capacidad inherente a los seres humanos de tomar decisiones, siendo responsables de ellas y que vinculan a dos personas bajo un mismo propósito, siendo el resultado de este interés común un hecho generador de derechos u obligaciones.

La corte constitucional de Colombia en su sentencia No.- T.240/93 expuso que la libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal (Corte Constitucional de Colombia, 1993).

En nuestra Constitución se reconoce y garantizará a todas las personas, sin distinción, discriminación o limitante alguna, el derecho a la libre contratación, siendo esto el equivalente a una libertad de contrato, para lo cual es importante considerar aspectos inherentes a dicha capacidad humana de decisión, íntimamente ligada a principios fundamentales del ser humano. "El principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres." (Alessandri, pag. 11. 2009)

Esta libertad de contratación o libertad de las personas se consagra en nuestra constitución en el capítulo sexto de los Derechos de Libertad, de forma precisa en el artículo 66 numeral 16 se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la libertad de contratación (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

De igual forma, este derecho constitucional también fue desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N.º 171-14-SEP-CC del 15 de octubre del 2014 en la cual se expuso:

Por otro lado, pero en el mismo ámbito garantista constitucional, se reconoce el derecho a la libertad de contratación, instituido como "derecho de libertad de las personas" por el artículo 66 numeral 16 de la Constitución, situación que implica que el inmenso ámbito que poseen estas para decidir celebrar contratos y determinar su contenido, así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades estarán regidas por la autonomía de la voluntad de los contratantes, dentro del marco constitucional y legal vigente en el Ecuador. (Sentencia 171-14-SEP-CC, 2014)

La Corte Constitucional Colombia en la sentencia No. T-240/93 desarrolla a la libertad de contratación como: LIBERTAD CONTRACTUAL, AUTONOMÍA PRIVADA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal. Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual. (Sentencia No. T-240/93, 1993).

Bajo esta consideración, la libertad de contratación no puede ser una garantía descontrolada, debe tener limitaciones en el marco legal de la nación y que justifiquen la garantía de relaciones justas y libres.

Esto se desarrolla de igual forma por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia No. T-240/93 que determina:

Sin embargo, los límites a la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales, puede no sólo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquéllos no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial (Corte Constitucional de Colombia, 1993).

Haciendo un nuevo énfasis, la Corte Constitucional de Colombia insiste en que:

La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (Sentencia No. T-240/93, 1993).

Pero de igual forma, puntualiza la necesidad de no poner límites a la libertad de contratación, en medida que este derecho constitucional está íntimamente conectado a todo el ordenamiento constitucional, ante lo cual establecer condicionamientos puede llegar a vulnerar aspectos inseparables de la dignidad de la persona, afectado el principio que debe impulsar y proteger.

La mediación, al permitir la interacción propositiva de las dos partes en conflicto, quienes en conjunto del acompañamiento de un tercero neutral, propicia una forma idónea de ejercer este derecho constitucional de libertad de contratación, los cuales bajo

el marco de las capacidades o prohibiciones que la propia ley le ha definido, pueden ejercer activamente este derecho sin incurrir en un exceso que afecte otro tipo de derecho o garantía constitucional, en medida que han respetado el marco normativo de control del alcance de las controversias que pueden ser objeto de medición.

2.1.3.1.2 DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es esencial en un estado de derecho, el mismo se consagra desde los tratados internacionales suscritos y reconocidos por Ecuador y al proteger derechos humanos cuenta con una superior jerarquía que la propia constitución.

Sin la capacidad de acceder a la justicia, los ciudadanos y personas en general no podrían hacerse escuchar, ejercer los derechos establecidos en las normas de su país, enfrentar actos de discriminación y cuestionar las acciones que desarrollen y ejerzan las autoridades de control.

Desde las Naciones Unidas siempre se ha desarrollado tratados internacionales donde se protege el derecho a la igualdad inmerso en el acceso a la justicia para todos, conforme se estableció:

Ponemos de relieve el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de los grupos vulnerables, y la importancia de la concienciación sobre los derechos jurídicos, y, a este respecto, nos comprometemos a adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica (Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 2012).

La administración de justicia debe ser imparcial y no discriminatoria. En la Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho, los Estados Miembros resaltaron que la independencia del sistema judicial, junto con su imparcialidad e integridad, es un requisito previo esencial para apoyar el estado de

derecho y lograr que la justicia se administre sin discriminación. (Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 2012)

Podríamos precisar que la administración de justicia es la capacidad del estado, a través de las instituciones públicas que cuentan con la debida capacidad que la ley les otorga, de crear, regular, administrar la estructura funcional de los servidores judiciales que son los encargados de brindar el servicio judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 22 señala como un principio de acceso a la justicia que:

Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso (Asamblea Nacional, 2009).

Considerando el análisis normativo expuesto, cabría la teoría de que, a través de medios alternativos de solución de conflictos, reconocidos legalmente en el ordenamiento jurídico del Ecuador: ¿Podrían ser una forma adecuada de brindar facilidades al acceso a la justicia?

Esto en virtud de qué si consideramos que las partes en conflicto, al tener la capacidad de decidir dentro una estructura normativa, con capacidades y restricciones claramente establecidas por la propia ley y existiendo una clara posibilidad de materializar un acuerdo que incidirían directamente en la resolución inmediata de una controversia o disputa entre las personas.

Más aún si consideramos que de existir casos donde la comunicación o las intenciones no puedan de forma voluntaria propiciar un acuerdo, existe una vía idónea de atención a este problema, la cual sería el inicio de un proceso judicial, el cual es un mecanismo tradicional de acceso a la justicia.

Este estudio plantea un escenario, en el cual, si se establece con reformas legales la estructura que propicie la mediación, podría ser para las partes en conflicto la oportunidad de decidir sus actos, obligaciones y derechos dentro de una esfera de la voluntariedad de sus acciones afirmativas y de esta forma materializar el acceso a la justicia.

Bajo las consideraciones establecidas previamente, puede considerarse como un procedimiento apropiado de acceso a la justicia al reconocimiento tácito de un derecho fundamental como lo es la libertad de contratar o decidir sobre una acción inherente a los derechos u obligaciones que pudiese adquirir o reconocer una persona, siendo esta actuación la materialización de un recurso constitucional y legal como lo es la mediación.

Podría un acuerdo voluntario, en el cual se reconocieron a las partes el derecho a resolver los puntos en conflicto, estructurar en igualdad de condiciones un acuerdo que resuelva el objeto de la disputa, que sus acciones y decisiones estén en armonía con las normas constitucionales y legales de la nación y que su resolución expresa extinga un conflicto con efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, puede en armonía y unidad de actos todas estas acciones, consagrar la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva tiene un reconocimiento dentro de la sistemática constitucional como una “garantía” ha de suponer, como primera consecuencia, la adaptación de las normas procesales a fin de que puedan proporcionar las vías idóneas para asegurar la plenitud de la defensa jurisdiccional de cualesquiera de las relaciones jurídico- materiales, sin que queden espacios de inmunidad o situaciones de indefensión (Marcheco, 2020, pag. 13)

Bajo este análisis, si la tutela judicial efectiva requiere implícitamente la adaptación de estructuras procesales que determinen y regulen en plenitud la defensa en una sede jurisdiccional, esto al final tendrá una resolución fáctica, la cual será una decisión materializada en una sentencia la cual expondrá las obligaciones por ejecutarse, ante lo cual preciso plantear al debate la siguiente duda: ¿No es acaso el mismo desenlace que se obtiene con la celebración de un acta de mediación?

De igual forma, nace esta interrogante: ¿Podría un acta de mediación violar en su suscripción derechos fundamentales de una de las partes al aceptar dentro del acuerdo la disminución o renuncia de algo a lo cual pudiese tener acceso pero que al momento de ejercer el derecho de la libre contratación decide voluntariamente no aceptarlo?

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la existencia de un derecho a la tutela judicial efectiva implica la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; obligación que no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino además al deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial sean “verdaderamente efectivos” para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación. (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012)

Podría garantizarse el principio a la celeridad procesal con de una reforma legal al Código Orgánico General de Procesos en lo inherente a los documentos que se deben acompañar a la demanda, conforme lo establecido en el artículo 143 del mismo cuerpo normativo, en el cual se incorporaría un nuevo numeral que establezca la obligatoriedad de exhibir una constancia de haber agotado la instancia de resolución de la presunta controversia judicial dentro de una etapa extrajudicial y pre procesal como lo sería la Mediación, esto con la finalidad de segregar y derivar a la sede jurisdiccional temas que

por la complejidad del litigio o la contracción de la voluntad de las partes procesales, no pueda resolverse en una etapa previa de mediación.

2.1.3.1.3 DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Si una persona, ante la necesidad de tener asistencia debido a una controversia con otra persona, que desencadenase un problema que requiera atención de los órganos jurisdiccionales que administran justicia, debería existir un proceso conformado por normas procesales y garantías constitucionales, con el objetivo de que al final del proceso se pudiese obtener una decisión debidamente motivada y en derecho, sobre la controversia llevada a decisión de un juez.

Podríamos analizar que el derecho a la tutela judicial efectiva cumple con brindar, una vez obtenido el acceso gratuito a un proceso judicial, que el tratamiento y proceso por parte del administrador de justicia sea justo e imparcial, garantizando el derecho a la defensa, sin dilaciones innecesarias, a una sentencia debidamente motivada con observación especial a los antecedentes, derechos alegados, derechos violentados y las normas aplicables al mismo, entre otras.

La Constitución Política del Ecuador en su artículo 75, determina que las personas tienen derecho al acceso gratuito y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, la misma que debe sujetarse a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 dispone las garantías judiciales, estableciendo de esta forma que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales en la sustanciación de cualquier acusación (Convención americana sobre derechos humanos, 1969).

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, en su numeral cinco dispone que establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles (Congreso de las Naciones Unidas, 1985).

Si la Tutela Judicial Efectiva es la garantía de un proceso expedito y en sede judicial, consagrando principios procesales y garantías consagrada en nuestra Constitución, que sucede cuando un proceso judicial no consagra principios de celeridad, economía procesal.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 23 señala como un principio de tutela judicial efectiva de los derechos que:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles (Asamblea Nacional, 2009).

Teniendo ya una definición legal y doctrinaria de lo que puede considerarse tutela judicial efectiva, es necesario evaluar el núcleo esencial del derecho de la tutela judicial efectiva, para proponer una vía de garantizar la misma sin que sea consagrada necesariamente dentro de sede jurisdiccional o dentro de un proceso judicial.

El diccionario jurídico Cabanellas define el término sentencia como:

SENTENCIA. Dictamen, opinión, parecer propio. Máxima, aforismo, dicho moral o filosófico. Decisión extrajudicial de la persona a quien se encomienda resolver una controversia, duda o dificultad. Resolución judicial en una causa. Fallo en la cuestión principal de un proceso. El más solemne de los mandatos de un juez o tribunal, por oposición a auto o providencia (v.). Parecer o decisión de un jurisconsulto romano.

La palabra sentencia procede del latín sintiendo, que equivale a sintiendo; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable. (Cabanellas, 1979)

Si la tutela judicial efectiva propicia un equilibrio procesal en medida que su aplicación sea incluyente con otros preceptos que son de observancia obligatoria en medida nuestra constitución proteja e impulse un Estado Social de Derecho, tenemos principios como el acceso a la justicia, el debido proceso, la igualdad procesal, la primacía del derecho sustancial, la celeridad procesal, entre otros.

Por este motivo, si esos principios son expresamente incorporados, reconocidos, respetados dentro de un proceso de mediación previo y obligatorio antes de presentar una demanda, pudiera esto ser una herramienta importante para garantizar el acceso a la justicia de una forma más dinámica, llegando incluso a prescindirse o evitar el iniciar un proceso judicial y no por esto no tener acceso a la justicia, llegando probablemente el acuerdo logrado en mediación a resolver la controversia que pudo llegar a una sede judicial esperando que sea un tercero llamado Juez, quien tenga con su sentencia la

capacidad de resolver y decidir las acciones u obligaciones de las partes procesales, cuando de brindarse un entorno propicio y el acompañamiento apropiado por parte de un mediador, al mismo punto de tener una sentencia con efectos de cosa juzgada, pero brindándole esta capacidad a los intervinientes, garantizándoles su libertad de contratar, garantizando la dignidad de sus actos y de sus decisiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. (Caso Lagos del Campo Vs. Perú, 2017)

Esta decisión de las partes de poder establecer en un acuerdo reglas, obligaciones, reconocimientos, sumarse y unificar un solo pensamiento o circunstancia, es el real y expreso reconocimiento de que el ser humano debe tener la capacidad de tomar sus decisiones y ser responsable del desarrollo de las mismas, es una muestra de que el ser humano debe tener la capacidad y libertad de tomar sus propias decisiones, es una muestra de su dignidad como ser humano.

2.1.3.2 LA DIGNIDAD HUMANA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

“La dignidad humana, es un principio incondicionado y absoluto que no tiene sustitución, como la calidad o estado de ser tratado con respeto, ser valorado y honrado” (Torres, 2001).

Podríamos iniciar este análisis con la afirmación de que la dignidad humana es inherente a los seres humanos y puede considerarse un elemento de su propia naturaleza y existencia, por lo cual, pasa a ser inseparable de su condición humana, siendo algo que no puede ganarse, perderse o disminuirse indistinto de condiciones sociales, políticas o naturales, siendo un deber y labor fundamental del Estado y por ende de sus instituciones, el salvaguardar y brindar mecanismos óptimos de protección de este

condición, que puede llegar a ser extremadamente vulnerable en igual medida como debería ser protegida.

La noción de dignidad humana desemboca a menudo en un tema ético, donde pueden existir respuestas distintas en razón del relativismo que suscitan las diferentes doctrinas morales y las apreciaciones subjetivas de los operadores de la Constitución. Es inevitable que la Constitución emplee conceptos cuyos contenidos posean una naturaleza ética, moral o ideológica variable y a veces opinable. (Amezcuca, 2015, pag. 341)

Considerando que la dignidad humana conlleva preceptos vinculados a la ética, moral o ideología, esta capacidad del ser humano de autodeterminarse social o profesionalmente, es parte de su libre ejercicio de autodeterminación personal, por lo cual, esta particularidad humana puede ser ejercida expresamente al tener la disposición de poder elegir lo que considere necesario u oportuno para sus intereses personales, patrimoniales o dentro de su intervención en la sociedad, esta capacidad y libertad de contratación es el efecto y la materialización de una acción afirmativa de tomar una decisión y esto está intrínsecamente vinculado en su concepción o núcleo esencial con la dignidad del ser humano.

El hombre tiene una naturaleza distinta de la de los demás seres: capaz de autogobernarse y además posee la cualidad de poder comprenderse a sí mismo como un ser individual y, a la vez, como parte de una sociedad en la que interactúa con sus semejantes (Martínez, 2012)

2.1.3.3 TEORÍA ECONÓMICA DE LA MOTIVACIÓN HUMANA Y SU RELACIÓN CON LA DIGNIDAD Y LA CAPACIDAD DE CONTRATAR.

Maslow desarrolló dentro de su teoría económica de la motivación una serie de necesidades experimentadas por el individuo, dando creación a la llamada pirámide de necesidades.

Dentro de este planteamiento, la satisfacción de las necesidades puede estar clasificadas por jerarquías y niveles y su satisfacción o cumplimiento puede llevar al siguiente nivel de necesidades, sin embargo, se dan zonas de coincidencia entre un nivel y otro sin que se logre una satisfacción total de las necesidades. (Maslow, 1943, pag.21).

Cuando se cubren las necesidades vitales, son las decisiones de cada persona los que establecerán la prioridad de cada necesidad e incluso pudiendo clasificarse en otra jerarquía con el paso del tiempo.

Las necesidades según Maslow se clasifican en:

- a) Necesidades básicas: Situadas en el primer nivel y su satisfacción es necesaria para sobrevivir. Ejemplo: El hambre, la sed, el vestido.
- b) Necesidades de seguridad: Situadas en el segundo nivel, y tienen relación con nuestra integridad. Ejemplo: son la seguridad y protección física, orden, estabilidad.
- c) Necesidades sociales o de pertenencia: Relacionadas con los contactos sociales y la vida económica. Ejemplo: La necesidad de pertenencia a grupos, organizaciones, integrarse en sociedad.
- d) Necesidades de estatus y prestigio: Su realización se produce cuando aumenta la iniciativa, autonomía y responsabilidad del individuo. Ejemplo: Sensación de respeto, prestigio, admiración, poder.
- e) Necesidades de autorrealización: Nace de la necesidad de llegar a realizar el sistema de valores de cada individuo, alcanzar sus máximas aspiraciones personales.

Todas estas necesidades inherentes al pensamiento, desarrollo social y de integración del ser humano, son elementos ingénitos y propios de un estado natural de

realización del individuo en su entorno personal y en sociedad, el poder cumplir, reconocer y desarrollar sin restricción estas necesidades propias de su dignidad humana.

Son una forma de demostración que la capacidad del ser humano de interactuar en armonía como un miembro activo de la sociedad está directamente ligada con su capacidad de poder decidir el giro de sus acciones y decisiones.

El poder ejercer la capacidad de contratar o decidir, esa libertad de obrar, el ser legalmente responsable de sus acciones u omisiones, está directamente vinculado a las motivaciones que puede tener el individuo y como estima poder satisfacer las mismas, siendo el caso, de que para cumplir una necesidad, indistinto de su jerarquía o nivel de prioridad, el individuo debe estar con la plena capacidad de ejercer su voluntad o de ser responsable incluso por así hacerlo, dentro del marco de derecho y de respeto en la sociedad, de esta forma se garantiza el derecho del individuo a contratar o convenir, dentro de una comprensión de sus motivaciones con la finalidad de poder cumplir con la satisfacción de sus necesidades personales.

Si consideramos que la dignidad humana es una propiedad inherente del ser humano y por ende de las personas, los elementos que conforman la dignidad humana, sean estos subjetivos y objetivos, perseguirán siempre la finalidad de que la interacción social con otras personas sea armónica y equilibrada, por lo cual, considerando que la interacción social puede propiciar conflictos y desavenencias, una cultura de mediación se vuelve un elemento que puede reafirmar el respeto del pensamiento y autodeterminación de las partes en conflicto, propiciando esto que la dignidad de las personas en conflicto sea respetada.

Y la dignidad es respetada en el sentido de que, el solo hecho de considerar la idea de asistir a un centro de mediación y escuchar a la contraparte del conflicto llegando incluso a entender, pero no aceptar la postura de la misma, es un hecho factico de respetar al rival y por consiguiente respetar la dignidad de la persona expresada a través de sus actos.

Si Maslow en el desarrollo de su teoría económica de la motivación contempla una serie de necesidades experimentadas por las personas, el conseguir la satisfacción de estas necesidades, puede conllevar, que la obtención de las mismas sea un elemento de fricción con otras personas, que, de igual forma, estén en la búsqueda de satisfacer sus necesidades, y esta interacción sin armonía entre las partes es el nacimiento del conflicto.

2.1.3.4 EL CONFLICTO.

Que sucedería si en un verano de sequía un agricultor buscando agua para su ganado encontrase un pequeño vertedero con poca agua y al mismo momento llegase otro agricultor en iguales condiciones y la percepción inicial de los dos desconocidos es que el agua no será suficiente para todos los animales. Bajo esta situación muy probablemente las partes de este ejemplo tendrían un conflicto.

El conflicto como “un proceso relacional entre dos o más personas en el que se producen relaciones de carácter contencioso o antagónico que generan competencia por la obtención de unos recursos u objetivos que se perciben como incompatibles” (Morales, 2016).

Ahora, cuando asociamos el término conflicto lo relacionamos necesariamente con algún objeto, transacción o comportamiento, no obstante, se podría exponer el principio de tres dimensiones, la cognitiva, emocional y conductual. (Mayer, 2012):

- a) La dimensión cognitiva se refiere a que para la existencia de un conflicto debe, mínimo, una de las partes, expresar que sus necesidades son opuestas e incompatibles con los de la otra parte en conflicto, sin al menos entender si existe dicha incompatibilidad.
- b) La dimensión emocional se refiere a que hay un conflicto debe, mínimo, una de las partes, permitir que sus emociones incidan en el desarrollo del conflicto, generando emociones como el enojo, asustarse, desesperarse, etc.

- c) La dimensión conductual se refiere al comportamiento que las personas adoptan para comunicar sus sentimientos y percepciones, y para satisfacer sus necesidades, de forma puntual cuando dichas conductas tienen el riesgo de afectar con las necesidades del otro.

Ahora, cuando tenemos una apreciación del conflicto y como el mismo incide de forma negativa en el desarrollo de las relaciones sociales de cualquier índole, es necesario adoptar las medidas necesarias para mitigar estas acciones propias del comportamiento humano y que mejor opción es utilizar otra virtud del ser humano como es la del diálogo.

Estos mecanismos de comunicación, dirigidos con una metodología de conciliación y negociación, es un principio de la mediación, el cual siendo utilizado por un tercero neutral propiciará puentes entre las brechas de conflicto y pueden obtener una solución positiva a la controversia presentada.

2.1.4 LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos pueden agruparse en:

- a) La conciliación
- b) La mediación
- c) El arbitraje
- d) La negociación

Todos estos elementos son considerados métodos eficaces para mitigar conflictos y controversias, dando una herramienta dinámica en una etapa incluso pre procesal, con la finalidad de establecer acuerdos enmarcados en el ordenamiento jurídico y que su celebración sea materialización del poder acceder a garantías constitucionales como tener acceso a la justicia sin tener que recurrir formalmente a ella.

El litigio tradicional es un error que debe corregirse ... Para algunas disputas, los juicios serán el único medio, pero para muchas reclamaciones, los juicios por competencia contradictoria deben, con el tiempo, seguir el camino del antiguo juicio de batalla y sangre. Nuestro sistema es demasiado costoso, demasiado doloroso, demasiado destructivo, demasiado ineficaz para las personas realmente civilizadas. (Roberts, 2020)

2.1.4.1 LA MEDIACIÓN.

La mediación es un proceso legal y voluntario, reconocido por el marco legal del Ecuador desde la Constitución, es una alternativa legal en caso de existir conflictos o controversias en la cual en compañía de un tercero neutral llamado mediador, ayuda a las partes a llegar a un acuerdo en el que dos partes acepten y perciban que el acuerdo fue beneficioso (Asamblea Nacional, 2006).

La Ley de Arbitraje y Mediación define a la Mediación en su artículo 43 como “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. (Asamblea Nacional, 2006).

La solicitud de audiencia de mediación implica una controversia o conflicto entre las partes, normalmente puede ser solicitada de forma conjunta o por requerimiento de una de las partes, a la audiencia sólo asistirán el mediador, las partes en conflicto y sus abogados de ser necesario. Por la celeridad e informalidad del proceso, una mediación generalmente se puede concluir en horas.

El procedimiento de mediación, por contraste, evita el despliegue de todo el aparataje judicial estatal para la solución de un conflicto patrimonial, circunstancia que redundaría necesariamente en el menor costo relativo de la solución mediada, para las partes y para el propio Estado. A ello se suma, además, el beneficio económico que trae consigo la solución rápida de las

controversias en este ámbito, elemento este que, en el contexto judicial estatal, constituye precisamente uno de los principales desincentivos a la hora de recurrir a la solución hetero compositiva de asuntos con cuantías relativamente menores (Jequier, 2016, pag. 98).

El proceso de mediación es totalmente voluntario pero lo que se resuelva en el mismo es vinculante para las partes, dicho acuerdo tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, en Ecuador no existe norma expresa que señale causal de nulidad de acta de mediación y tampoco es causal de acción extraordinaria de protección en virtud de que el acta, no obstante de tener efectos de sentencia, no es un sentencia emitida en sede jurisdiccional, ya que el acta es un acuerdo de partes que por disposición legal tiene efectos de sentencia y cosa juzgada.

La Ley de Arbitraje y Mediación define a la Mediación en su artículo Art. 47 en su cuarto párrafo:

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación (Asamblea Nacional, 2006).

Considerando que, para llegar a concluir la audiencia de mediación con un acuerdo total, las partes debieron dentro de la audiencia en una tacita etapa de conciliación repasar los antecedentes previos, las obligaciones y derechos controvertidos, los actos contractuales vigentes o anteriores, las acciones por ratificarse o suspenderse, etc., para concluir con un acuerdo que, no solo concluyo el conflicto de forma anticipada, sin tener que incurrir en un proceso judicial, lo concluyen de forma pacífica, voluntaria, veloz, económica, inmediata, especializada.

Ante lo cual, pudiera evaluarse si garantizar el cumplimiento de estos principios inherentes al ejercicio de la función judicial en un acto previo ajeno a la acción procesal

de un juicio, es una forma eficaz y proactiva de garantizar por parte del estado el acceso a la justicia utilizando un mecanismo con reconocimiento constitucional.

De igual forma, la mediación se presenta, no sólo como un proceso de armonía a través del conflicto sino también como el medio de establecer puentes entre el Estado y los ciudadanos. Puentes que trasladen efectividad y confianza. Puentes que unan y no separen. Puentes que en suma posibiliten la realización de la justicia (Rodrigues, 2017, pag. 3)

El mediador una vez instaurado la audiencia de mediación primero explica el formato y analiza la naturaleza confidencial y no vinculante de los procedimientos a desarrollarse. Luego, el mediador pedirá a las partes o a sus abogados que hagan una presentación de su caso, identificando los asuntos en disputa, desarrollando en esta etapa una recreación procesal de la función del juez dentro de una audiencia al fijar el objeto de la controversia y los puntos del debate probatorio.

Ante lo cual, es válida la definición de que el mediador debe adoptar una conducción de la audiencia que más se adecua a los casos que están siendo relacionados por los mediados, por lo cual según el autor "hoy en día la práctica profesional en los distintos ámbitos ha hecho que estos profesionales no se suscriban a una escuela o modelo de forma definitiva, sino que están manteniendo una actitud ecléctica y de permanente investigación que les hace ajustar las distintas intervenciones a las particularidades de los casos en los que están trabajando (Conforti, 2016, pag. 141).

Dentro de la audiencia, el mediador no tiene capacidad de decidir u obligar a las partes a aceptar un acuerdo, su participación durante la audiencia se limitará a incidir como un canal de diálogo y conciliación al ayudar a las partes en sus negociaciones, identificando los obstáculos o impedimentos al acuerdo y desarrollando estrategias de forma equilibrada para superarlos, informando de las connotaciones jurídicas del acuerdo y reafirmando con canales de comunicación claros, expresos y directos de que

el acuerdo será definitivo y que la controversia será resuelta en la suscripción del acta con acuerdo total.

En Ecuador una audiencia de mediación puede ser pública o privada, en ambos casos siempre será confidencial para salvaguardar el derecho a la intimidad o aspectos sensibles que pudiesen verse afectados. Si no se llegase a lograr un acuerdo, el mediador procederá a emitir una constancia de la imposibilidad de acuerdo y las partes con la capacidad de iniciar un proceso judicial, en el que ya un juez sí podrá decidir lo que las partes en su momento ejerciendo su derecho constitucional de la libertad de decisión y contratación no pudieron resolver. Esta acta de imposibilidad de acuerdo deberá utilizarse como una prueba de que la mediación no fue posible y con la finalidad de que el juez no considere esta alternativa dentro del proceso judicial, evitando derivar innecesariamente a las partes a un centro de mediación, propiciando dilaciones innecesarias al proceso.

No obstante que el arbitraje y la mediación son métodos alternativos de solución de conflictos, la mediación se diferencia del arbitraje en el sentido de que el mediador no toma una decisión, en comparación de un árbitro que, por delegación voluntaria de las partes, sí procede a tomar una decisión y la misma puede ser objeto de un proceso de nulidad o de una acción extraordinaria de protección.

En cambio, la mediación brinda a las partes la capacidad de tomar sus propias decisiones y estructurar las condiciones, obligaciones y reconocimientos de su propio acuerdo, siendo una expresión directa de la capacidad del ser humano de decidir, dentro del marco del respeto del derecho y las normas legales existentes, las acciones, obligaciones, derechos y en general circunstancias, una decisión de las partes ejerciendo su capacidad de decidir, algo muy vinculado con la dignidad de las personas, todo enmarcado en el reconocimiento y aplicación de la garantía constitucional del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Se podría resumir que la mediación, por su dinámica, significa ahorro de dinero, tiempo, energías, pero sobre todo evita la carga emocional de soportar el angustioso y desagradable pleito. Previene y resuelve los conflictos en el menor tiempo posible y con el menor costo (Zurita, 2014).

2.1.4.2 PRINCIPIOS INHERENTES A LA MEDIACIÓN

VOLUNTARIEDAD. – Al tratarse de un proceso voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su financiación, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento.

CONFIDENCIALIDAD. - Se garantizará por reserva de ley la confidencialidad del contenido de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser declarada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste el secreto profesional, además el mediador tiene prohibición legal de declarar en un proceso relacionado a la mediación en la cual el desarrollo la misma.

BILATERALIDAD Y BUENA FE. - El principio de bilateralidad supone que ambas partes participan activamente y cuentan con las mismas oportunidades para expresarse, sin más limitación que la establecida por el mediador para el desarrollo armónico de la audiencia.

De igual forma, las partes deben propiciar acciones vinculadas a los principios de lealtad, buena fe y respeto durante la propuesta de negociación, prestando la debida colaboración y facilidades necesarias al mediador.

IMPARCIALIDAD. – El mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto. Su papel es el de un director del proceso, pero no se involucra emocionalmente en el mismo, debe ser neutral, objetivo y pragmático procurando el equilibrio de las partes durante el desarrollo de la audiencia.

FLEXIBILIDAD. – Una audiencia de mediación debe ser flexible desde la petición de la misma hasta su culminación, con la finalidad de adaptarse a las circunstancias concretas de los sujetos y el conflicto.

2.1.4.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN

- a) Las partes ejercen control del proceso y participan en el resultado.
- b) Aportan colaboración al desarrollo, obteniendo percepción de ser parte de la solución.
- c) Los acuerdos siempre impulsan la filosofía de Ganar-Ganar.
- d) Las partes tienen protagonismo en la solución, ejercen su derecho a decidir su acuerdo.
- e) Al existir una participación de la solución, propicia más compromiso de las partes con el resultado y su cumplimiento.
- f) Renova y crea posibilidades de reanudar el diálogo entre las partes, impulsa una cultura de paz que beneficia a la sociedad.
- g) Dinamiza la progresividad de los derechos con soluciones creativas a los conflictos.
- h) Consagra el principio de celeridad procesal y economía procesal.
- i) Beneficia la conservación de la paz en la relación de las partes.
- j) Las partes al ser parte de la solución necesariamente comprendieron la naturaleza del problema y los derechos de la otra parte, creando con esto empatía.
- k) El acuerdo al tener efecto de sentencia y cosa juzgada tiene alta probabilidad de cumplimiento.
- l) Extingue legalmente indicios de conflictos futuros sobre la misma controversia.

- m) Brinda capacidad a las partes en conflicto de mantenerse exentos de registros de haber participado en procesos judiciales.

2.1.5. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO UNA FASE ANTERIOR AL ACCESO A LA JUSTICIA ORDINARIA.

Como una de las finalidades de este estudio es evaluar en otras sociedades la aplicación de la mediación como una fase de asistencia obligatoria previa al inicio del proceso judicial ordinario y no necesariamente una institución voluntaria que puede desarrollarse durante el proceso judicial como en Ecuador.

Para lo cual, se expondrá un antecedente histórico de una nación que posea una serie de elementos que pudiesen propiciar un sistema judicial con falencias de atención y acumulación de procesos judiciales, para lo cual considero deberían reunirse los siguientes elementos: un alto exponente en número de personas en su población, extensión geográfica, sistema de organización pública o política, antigüedad en su organización pública y existencia de registros o estudios que hubiesen discutido sobre este problema.

Bajo estos elementos de análisis, se consideró que un país que agrupe todos estos elementos de análisis y se observó que la República Popular China puede agrupar todos estos elementos, por ser uno de los países más poderosos y seguramente el que cuenta con mayores registros históricos de administración y formas de gobernanza, la República Popular China.

2.1.5.1 CASO SOBRE USO DE LA MEDIACIÓN EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA EN EL TRANCURSO DE SU HISTORIA.

Para hablar de mediación en su origen histórico, muy probablemente deberíamos analizar en contexto “¿Qué objeto tiene la mediación?” y podríamos observar la causa de la misma en aspectos generales es resolver un conflicto existente entre dos partes. Bajo

esta premisa, tendríamos que situarnos y remontarnos a la existencia de los conflictos en la historia de la humanidad, considerando dentro del análisis, que el conflicto es parte inherente de nuestra capacidad de coexistencia.

Este es innato y connatural al ser humano, esto debido a que parte de la historia del ser humano es convivir en comunidad, lo cual puede dentro de este principio de unidad ser la fuente de divergencias que confronten a las personas.

La Mediación bajo la óptica básica elemental sería descrita como un tercero sin vinculación a las partes que promueve la conciliación y un acuerdo determinado por las partes en discrepancia. Tomando esta referencia, la mediación como acto podría tener antecedentes culturales en toda la humanidad, en diferentes culturas y épocas.

Por ejemplo, la historia de la mediación en China se puede remontar a los inicios de sus formas de administración y gobierno e incluso, estudiándolo en fases: fase de inicio, fase de desarrollo y fase de madurez (LI, 2017).

Durante el desarrollo de la historia China, la mediación no solo fue una actividad destinada a los ciudadanos más honorables, sabios y dignos de la comunidad, su injerencia en promulgar un entorno de paz y de desarrollo positivo de las comunidades, motivo que las autoridades públicas en el control judicial, vayan desarrollando políticas públicas para incorporar a la mediación como una herramienta de solución de conflictos, no siendo potestativo su utilización, llegando casos de volverse obligatoria.

Durante la dinastía Yuan (1206 - 1368), debido a la prevalencia de préstamos asegurados con tierras y viviendas, se produjeron un alto número de transferencias de bienes, lo que condujo a un aumento sustancial de las disputas sobre inmuebles. Teniendo como objetivo reducir la presión de los órganos locales de Justicia, solucionar las disputas, fortalecer la armonía entre familiares y vecinos, y promover la estabilidad de la sociedad y la dominación del país, el gobierno abogaba por la mediación como método de resolución de conflictos. Dado que se consideraba un rendimiento para los funcionarios de la

Administración de Justicia solucionar el litigio a través de la mediación, ellos tomaban muy en serio este instrumento en la práctica judicial y lo promovían con esfuerzo (LI, 2017).

En medida que la sociedad China siguió su desarrollo y las instituciones públicas fueron tomando estructura organizativa de nación, la población de China podía llegar a ser un problema dentro de la capacidad organizativa del Estado, entre esas la administración de justicia, por lo cual la mediación era necesaria para evitar congestiones innecesarias e incluso evitar molestar a las autoridades con controversias que puedan simplemente resolverse con la voluntad de las partes de entender sus diferencias y propiciar un entendimiento, como controversias familiares o en casos donde el acuerdo impida que se vean afectados sectores productivos como el de la agricultura.

En cuanto al ámbito extrajudicial, la ley establecía de manera clara que los Shezhang (jefes de organizaciones comunitarias) contaban con la función de hacer mediación, disponiendo que los casos sobre matrimonio, propiedad, vivienda, tierra y deuda, siempre que no fueran delitos graves, serían mediados por el Shezhang de acuerdo con los principios establecidos para que no afectaran a la agricultura y no molestarán a las autoridades judiciales (LI, 2017).

Como se pudo apreciar, la administración pública de justicia en China, consciente de las limitaciones y complicaciones que conlleva tener una nación con las dimensiones poblacionales y geográficas que poseen, vio la necesidad de utilizar estas herramientas jurídicas concebidas en una institución como lo es la mediación.

Es por este motivo, que el planteamiento o modelo de reorganización de la mediación como una etapa pre procesal de asistencia obligatoria, puede incidir favorablemente en naciones en vías de desarrollo como Ecuador, en medida de que al no ser un país con abundancia de recursos públicos y tener una constitución que garantiza derechos fundamentales como lo son el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y la

libre contratación, es importante que el estado bajo su política pública y en armonía con reformas legales emitidas por la asamblea, puedan emular adoptar las experiencias organizativas de otras naciones.

Esto con la finalidad de que estos cambios propuestos incidan en una directa y tangible disminución de las altas tasas de pendencia de procesos judiciales que mantiene Ecuador.

2.1.6 ANÁLISIS DEL SISTEMA COURT ANNEXED MEDIATION (MEDIACIÓN ANEXA A LA CORTE)

Durante mucho tiempo, los tribunales de justicia a nivel mundial se han visto comprometidos e incluso afectados en su imagen por una constante y mantenida gestión en el manejo de los procesos debido a los retrasos y acumulación de juicios asignados.

Esta observación al sistema de administración de justicia, la cual no es circunstancias o eventual y más bien es la expresión real de una ralentización del sistema judicial, ha provocado malestar general en las naciones en las cuales se percibe que la administración de justicia no cumple con sus principios es atención o eficiencia lo cual condena a la sociedad a no contar con un sistema judicial más eficaz.

La mediación adjunta al tribunal “COURT ANNEXED MEDIATION” es una forma de resolución alternativa de disputas prominentemente judicializable, mediante la cual, los conflictos que se llevan a los tribunales para el inicio de un juicio se remiten directamente por la administración a centros de mediación adscritos a la corte para un posible arreglo.

Si hacemos una revisión en el derecho comparado, son muchas las naciones y o estados en los sistemas federales que han aplicado con éxito la mediación previa anexa a la corte, lo que es una evidencia real de una tendencia jurídica global, en la cual la mediación presenta una solución eficaz para la atención de asuntos patrimoniales, familiares, laborales, civiles o de tránsito.

En términos generales, en el sistema de “court annexed mediation” cualquiera de las partes procesales o el juez competente, pueden optar por la mediación para resolver el conflicto, antes o durante el juicio.

Si bien es cierto, en Ecuador esto ya es posible, sea el caso de que lo soliciten las partes procesales o el juez lo determine de oficio, el punto a considerar es que ya se ha iniciado un proceso judicial y por consiguiente, ya conlleva una responsabilidad expresa del estado el garantizar derechos fundamentales y por consiguiente ya este prominente proceso es parte del sistema judicial que se requiere depurar de causas que pueden resolverse sin necesidad de integrarse a la justicia ordinaria.

2.2 MARCO LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE GUARDAN ARMONÍA EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

En este estudio, se ha planteado un análisis jurídico de que un acuerdo de mediación puede ser una vía idónea para lograr resolver un conflicto sin necesidad de iniciar un proceso judicial y que dicho acuerdo, por la rigidez jurídica del mismo, pueda materializar la interacción de derechos fundamentales que tienen reconocimiento y protección, sea esta convencional, constitucional o legal.

Estos derechos fundamentales son parte de las siguientes normas legales.

2.2.1 CONVENCIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS

Derecho protegido	Artículo
Acceso a la justicia	Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando

	<p>tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.</p> <p>2. Los Estados Partes se comprometen:</p> <p>a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;</p> <p>b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y</p> <p>c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), 1969).</p>
Derechos de libertad.	<p>Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad</p> <p>1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), 1969).</p>

2.2.2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR

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

	<p>Constituyente, 2008).</p> <p>Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:</p> <p>4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).</p> <p>Art. 191.- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)</p>
Tutela judicial efectiva	<p>Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:</p> <p>9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.</p> <p>El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).</p> <p>Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus</p>

	<p>derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).</p>
<p>Libertad de Contratación</p>	<p>Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:</p> <p>16. El derecho a la libertad de contratación.</p> <p>29. Los derechos de libertad también incluyen:</p> <p>d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).</p>
<p>Mediación</p>	<p>Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).</p> <p>Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).</p>

2.2.3 LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Norma aplicada	Artículo
Libertad de contratación	Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto (Asamblea Nacional, 2006).
Acceso a la justicia	Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir (Asamblea Nacional, 2006).
Tutela judicial efectiva	Art. 46.- La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un

	<p>convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;</p> <p>b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,</p> <p>c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten (Asamblea Nacional, 2006).</p> <p>Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.</p> <p>En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.</p> <p>Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas.</p> <p>El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia</p>
--	---

	siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación (Asamblea Nacional, 2006).
--	---

2.2.4 NORMAS CONEXAS

Código Orgánico de la Función Judicial	<p>Art. 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD.</p> <p>- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.</p> <p>El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades (Asamblea Nacional Ecuador, 2009).</p> <p>Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:</p> <p>11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o</p>
--	--

	<p>por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional (Asamblea Nacional Ecuador, 2009).</p>
--	---

CAPÍTULO TRES: MARCO METODOLÓGICO DEL TRABAJO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Se empleó una modalidad cuantitativa, descriptiva, aplicada, transversal y macrosocial.

El estudio se ha realizado siguiente la siguiente hipótesis:

“Un proceso de mediación previo al proceso judicial depura el acceso a la justicia ordinaria.”

3.2 VARIABLES DE LA HIPÓTESIS.

Variable independiente: Proceso de mediación previo al proceso judicial.

Variable dependiente: Depuración del acceso a la justicia ordinaria.

3.3 DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES

Variable	Concepto
Proceso de mediación previo al proceso judicial:	Acción inicial de evaluación voluntaria de las partes en una controversia de

	naturaleza conciliable, cuya finalidad esencial es direccionar a una solución extrajudicial sin necesidad de que el conflicto sea conducido e incorporado al sistema judicial por intermedio de una demanda.
Depuración del acceso a la justicia ordinaria.	Evitar que conflictos de relevancia diminuta o ínfima sean judicializados, propiciando esta acción en una disminución de la saturación de procesos judiciales y de las tasas de pendencia de los jueces.

3.4 DEFINICIÓN OPERACIONAL DE LAS VARIABLES – CONSTRUCCIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS: CUESTIONARIO.

Variables de la hipótesis	Dimensiones	Pregunta del Cuestionario
Independiente: Proceso de mediación previo al proceso judicial	Conocimiento de la mediación como método alternativo	¿Conoce usted el concepto de Mediación?
	Voluntariedad para un proceso de mediación	¿Si tuviera un conflicto con otra persona en el cual pudiera resolverlo de forma definitiva sin tener que acudir a un juicio, optaría por esta alternativa?

	Derecho a la tutela judicial efectiva y debido proceso.	¿Siente más protección de sus derechos decidiendo usted mismo sobre el problema que tenga o delegando a un juez que decida por usted?
	Obligatoriedad de agotar la alternativa del acuerdo extrajudicial.	¿Considera usted que en juicios de niñez y familia acudir a mediación debería ser obligatorio antes de proponer una demanda?
	Capacidad de libre contratación y establecer acuerdos.	¿Considera usted que en conflictos de cobranza se debería intentar reestructura la deuda por medio de mediación antes de presentar una demanda?
	Obligatoriedad de agotar la alternativa del acuerdo extrajudicial.	¿Considera usted que en conflictos laborales debería ser obligatorio intentar resolver la controversia en mediación antes de iniciar un juicio?
	Relevancia constitucional de este método alternativo de solución de conflictos.	¿Conoce usted que la Constitución reconoce a la mediación como un

		método alternativo de solución de conflictos?
Dependiente: Depuración del acceso a la justicia.	Sentimientos que afectan las emociones de las personas ante la necesidad de acceso a la justicia.	¿El tener que participar en un proceso judicial, como demandante o demandado, genera en usted una sensación de temor, incomodidad o malestar?
	Valor de la mediación como acuerdo con fuerza de sentencia.	¿Considera usted que, si el acuerdo firmado en mediación es cumplido, evitando así un juicio, usted tendría la sensación de que se hizo justicia?
	Participación directa de los intervinientes en conflicto en la solución.	¿Considera usted, que participar voluntariamente en un proceso de mediación en el cual usted negocia directamente el acuerdo, sin que un tercero (un juez) decida por usted, una forma de acceder a la justicia?
	Libre ejercicio de los derechos.	¿Tiene conocimiento sobre su derecho constitucional a la libertad de contratación, el cual consiste en la

		capacidad de decisión sobre sus derechos u obligaciones?
	Acceder a la justicia.	¿Tiene conocimiento de que la Constitución del Ecuador le garantiza el acceso a la justicia?
	Su suscripción materializa el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y la libre contratación de los comparecientes suscriptores.	¿Sabe usted que la mediación es un acuerdo firmado entre dos personas en compañía de un mediador, en el cual los acuerdos, obligaciones o reconocimientos ahí establecidos, tiene igual valía que una sentencia de cosa juzgada (como si hubiese sido obtenido en un juicio ante un juez)?
	Derecho a la tutela judicial efectiva.	¿Tiene usted la percepción de que al participar en un juicio se protegerán sus derechos?

3.5 CUESTIONARIO.

1. **Pregunta:** ¿El tener que participar en un proceso judicial, como demandante o demandado, genera en usted una sensación de temor, incomodidad o malestar?
2. **Pregunta:** ¿Conoce usted el concepto de Mediación?
3. **Pregunta:** ¿Si tuviera un conflicto con otra persona en el cual pudiera resolverlo de forma definitiva sin tener que acudir a un juicio, optaría por esta alternativa?
4. **Pregunta:** ¿Siente más protección de sus derechos decidiendo usted mismo sobre el problema que tenga o delegando a un juez que decida por usted?
5. **Pregunta:** ¿Considera usted que, si el acuerdo firmado en mediación es cumplido, evitando así un juicio, usted tendría la sensación de que se hizo justicia?
6. **Pregunta:** ¿Considera usted que en juicios de niñez y familia acudir a mediación debería ser obligatorio antes de proponer una demanda?
7. **Pregunta:** ¿Considera usted que en conflictos de cobranza se debería intentar reestructura la deuda por medio de mediación antes de presentar una demanda?
8. **Pregunta:** ¿Considera usted que en conflictos laborales debería ser obligatorio intentar resolver la controversia en mediación antes de iniciar un juicio?
9. **Pregunta:** ¿Considera usted, que participar voluntariamente en un proceso de mediación en el cual usted negocia directamente el acuerdo, sin que un tercero (un juez) decida por usted, una forma de acceder a la justicia?
10. **Pregunta:** ¿Tiene conocimiento sobre su derecho constitucional a la libertad de contratación, el cual consiste en la capacidad de decisión sobre sus derechos u obligaciones?
11. **Pregunta:** ¿Tiene conocimiento de que la Constitución del Ecuador le garantiza el acceso a la justicia?
12. **Pregunta:** ¿Conoce usted que la Constitución reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos?
13. **Pregunta:** ¿Sabe usted que la mediación es un acuerdo firmado entre dos personas en compañía de un mediador, en el cual los acuerdos, obligaciones o

reconocimientos ahí establecidos, tiene igual valía que una sentencia de cosa juzgada (como si hubiese sido obtenido en un juicio ante un juez)?

- 14. Pregunta:** ¿Tiene usted la percepción de que al participar en un juicio se protegerán sus derechos?

3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA

Dentro de este estudio se combinarán dos tipos de evaluaciones para su análisis, la primera enfoca una población y muestra de normas legales analizadas y la segunda en un grupo de la población, localizados en la ciudad de Guayaquil y con edad y capacidad legal de transigir.

3.6.1 LA POBLACIÓN.

La población que se analizará para este estudio serán personas naturales, mayores de edad en su totalidad, domiciliados en el cantón Guayaquil, con capacidad legal de transigir y en materias legales no penales. Se excluye procesos de naturaleza penal, menores de edad por ser legalmente incapaces y personas de otros cantones y provincias, en vista de que la información será contrastada contra datos estadísticos extraídos del portal web del Consejo de la Judicatura de información estadística emitida por la Dirección nacional de estudios jurimétricos y estadística judicial.

3.6.2 LA MUESTRA

Se detalla a continuación la fórmula y los datos:

Fórmula de cálculo:

$$n = \frac{Z^2 * N * p * q}{e^2(N - 1) + (Z^2 * p * q)}$$

Simbología y datos

Z = Nivel de confianza (1,96).

p = Porcentaje de la población que tiene el atributo deseado (50%).

q = Porcentaje de la población que no tiene el atributo deseado = 1- p. (50%).
Cuando no hay indicación de la población que posee o no el atributo, se asume 50% para p y 50% para q.

N = Tamaño del universo – número de procesos atendidos en mediación (54.554).

E = Error de estimación máximo aceptado (0.10).

p = 0,5

q = 0,5

n = Tamaño de la muestra finita (número de encuestados)

Desarrollo

$$n = \frac{1.96^2 * 54.554 * 0,5 * 0,5}{0,05^2 * (54.554 - 1) + (1.96^2 * 0,5 * 0,5)}$$

$$n = 106$$

Considerando un nivel de confianza del 95% y tomando como referencia el número de casos registrados en el año 2019 en el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial (54.554), la muestra finita es de 106 encuestados, los cuales son personas naturales, mayores de edad, con capacidad de demandar o ser demandados, con capacidad de contraer obligaciones, con edad legal de trabajar o de tener familia e hijos.

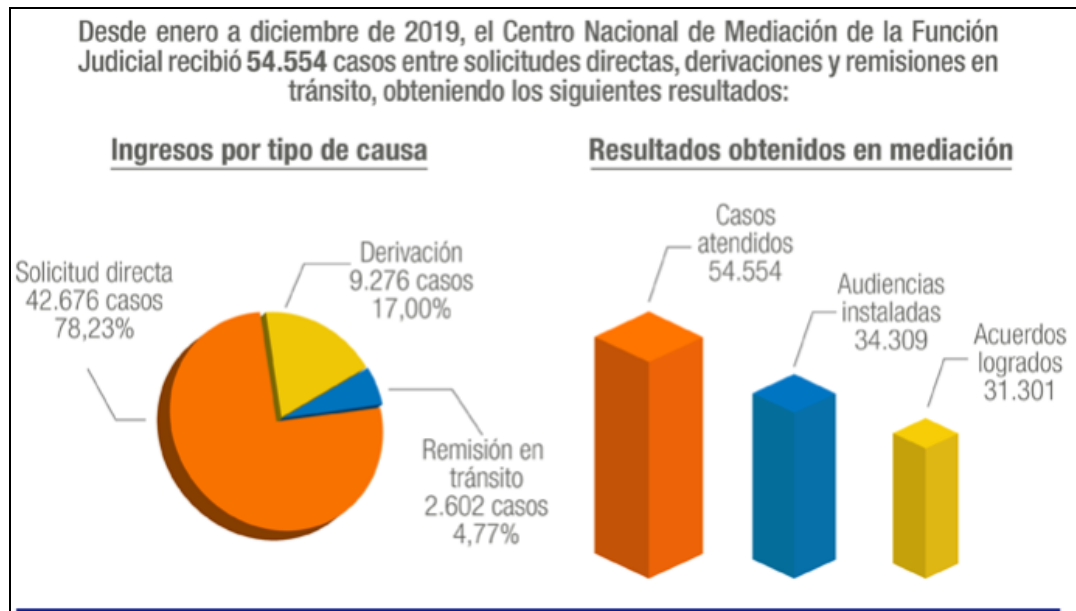


Figura 1 - Casos atendidos en Mediación en Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial de enero a diciembre del 2019

3.7 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.7.1 MÉTODO TEÓRICO.

Análisis de apuntes jurídicos, análisis doctrinales y postulados teóricos durante el estudio de cada una de las unidades de observación identificada en proceso investigativo, en la cual se llega a la conclusión de la factibilidad de establecer una relación con los derechos constitucionales aplicables en el diagnóstico del estado actual del problema de investigación y su correspondiente posible solución.

Deducción desde las disposiciones desarrolladas en el análisis constitucional contenidas en la Constitución de la República, para determinar qué derechos pueden beneficiarse y aplicarse usando la mediación previa a un proceso judicial y que dicha utilización consagren los principios establecidos por la administración de justicia, permitiendo su aplicación y posible reforma aplicarse como mecanismos de acceso a la justicia y desarrollo de la capacidad de ejercer la libertad de contratar y decidir.

3.7.2 MÉTODO EMPÍRICO.

Se desarrollará un muestreo a efectuarse, el cual será la poblacional, es decir personas (hombres y mujeres) indistinto de su profesión. La muestra estará conformada por aproximadamente 100 personas, sin discriminación de raza, sexo, profesión, que sean mayores de edad.

3.8 PROCEDIMIENTO

El procedimiento aplicado durante el desarrollo de la presente investigación en el método teórico inicia en la identificación de los artículos de la Constitución que evidencian los derechos que se pretenden desarrollar y vincular a normas infra constitucionales como la Ley de Arbitraje y Mediación, que al promover la utilización obligatoria de un mecanismo como es la mediación, se podría garantizar el ejercicio de los derechos y garantías por parte de los ciudadanos, derechos entre los cuales están la libertad de contratación, el acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, todos derechos de jerarquía constitucional y reconocimiento internacional en tratados internacionales suscritos y reconocidos por el Ecuador como es la Convención Americana de Derechos Humanos, además de incorporar al análisis el estudio de precedentes constitucionales como lo son las sentencias dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador y jurisprudencia no vinculante, pero sí de análisis, como lo son sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

Bajo estos elementos, se inició el análisis con esta información, se procedió al estudio de la Constitución, así como, axiomas doctrinales de diferentes maestros del derecho, especialistas o historiadores del tema del ámbito nacional e internacional; durante la investigación se utilizaron herramientas de búsqueda informáticas que propicien una búsqueda dirigida de obras y publicadas indexadas en bibliotecas o páginas web, así como libros impresos, los cuales forman parte del marco referencial en el presente trabajo.

El procedimiento aplicado durante el desarrollo de la presente investigación en el método empírico fue con la realización de encuestas a 107 persona mediante la aplicación de los formularios de Google, la recolección y procesamiento de la información se realizó mediante la misma aplicación, los resultados de las mismas tabulados automáticamente por la herramienta y esta entrega un resumen de los encuestados.

3.9 TIPO DE ESTUDIO

Acorde con el nivel de profundidad se ejecutará una investigación descriptiva, considerando la temporalidad de este estudio será de tipo transversal porque los datos serán tomados durante un período cerrado de tiempo y finalmente la investigación corresponde a una escala macro social ya que se estará trabajando con una problemática que afecta a nivel nacional.

CAPÍTULO CUATRO: ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.

4.1 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.

Se realizó encuestas de naturaleza cuantitativa con tipo investigativo exploratorio y descriptivo mediante encuestas en línea (Google forms). En el primero se realizó encuestas a 107 personas con la finalidad de conocer su percepción sobre la alternativa de mediación, sobre su percepción al avizorar el inicio de un proceso judicial, su sensación en el mismo de acceso a la justicia, entre otras las cuales se detallan a continuación:

- 1. Pregunta:** ¿El tener que participar en un proceso judicial, como demandante o demandado, genera en usted una sensación de temor, incomodidad o malestar?

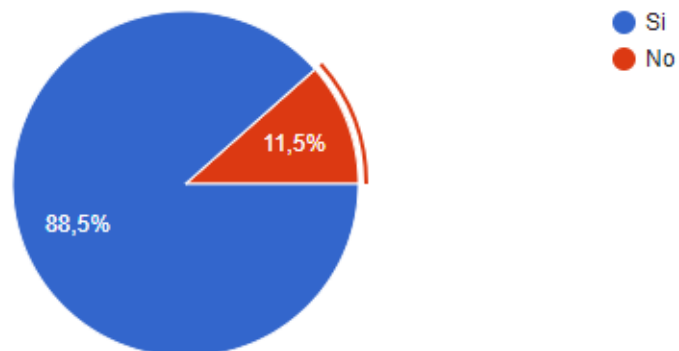


Figura 2 -Pregunta 1: *¿El tener que participar en un proceso judicial, como demandante o demandado, genera en usted una sensación de temor, incomodidad o malestar?*

Análisis: El 88,5 % de los encuestados expresan haber sentido o sentir sentimientos negativos como temor, incomodidad o malestar al avizorar la idea de enfrentar un proceso judicial, indistinto de ser parte actora o demanda, se puede interpretar que indistinto de su rol en el proceso, el hecho de tener que reclamar al verse afectado o defenderse de alguna exigencia o imputación, ya es de por si un aspecto que desagrada a los encuestados.

Justificación y relación con la investigación: El motivo de esta pregunta es evaluar si una percepción de incomodidad de los encuestados ante un proceso judicial obligatorio puede ser un campo propicio para generar un camino de alternativa a este proceso judicial con la mediación.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

2. Pregunta: ¿Conoce usted el concepto de Mediación?

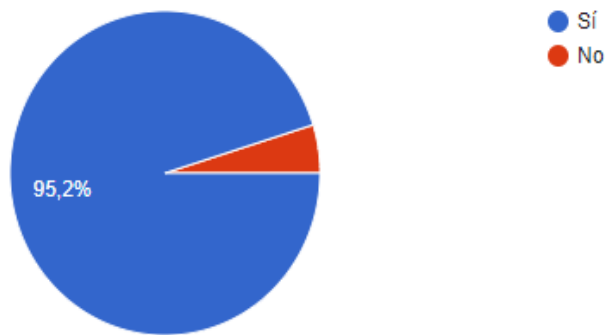


Figura 3 - Pregunta: *¿Conoce usted el concepto de Mediación?*

Análisis: Un 95,2% de los encuestados, conocen sobre la mediación y sobre la alternativa que esta significa. La definición de mediación se encuentra desarrollada en el punto 2.1.3.1 de esta investigación.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar el conocimiento del concepto de mediación de las personas encuestadas.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.1 LA MEDIACIÓN.

3. Pregunta: *¿Si tuviera un conflicto con otra persona en el cual pudiera resolverlo de forma definitiva sin tener que acudir a un juicio, optaría por esta alternativa?*

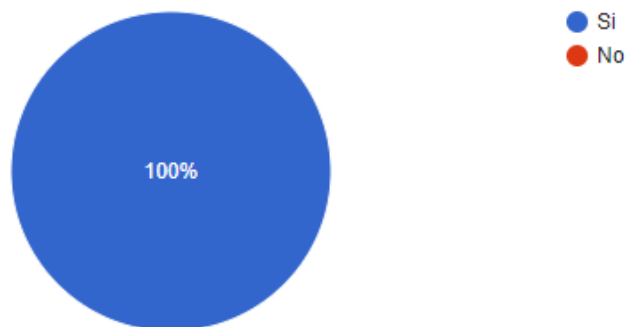


Figura 4 - Pregunta 3: *¿Si tuviera un conflicto con otra persona en el cual pudiera resolverlo de forma definitiva sin tener que acudir a un juicio, optaría por esta alternativa?*

Análisis: Se puede apreciar que el 100% de las personas encuestadas, que ante la posibilidad de resolver la controversia de forma extrajudicial y sin acudir a un proceso judicial, es una opción que definitivamente considerarían como positiva y válida.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar la intención de los encuestados de optar por la mediación como una alternativa a la solución de un conflicto.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

4. Pregunta: ¿Siente más protección de sus derechos decidiendo usted mismo sobre el problema que tenga o delegando a un juez que decida por usted?

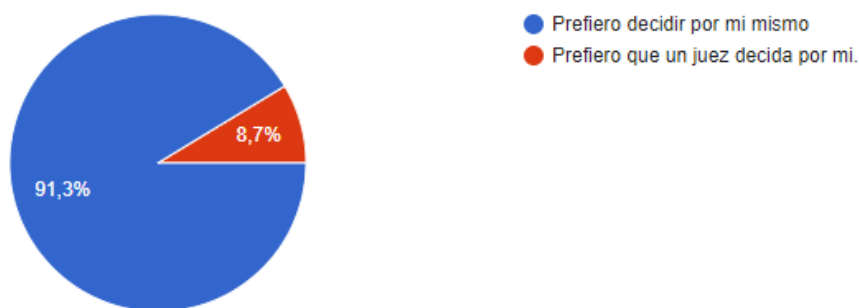


Figura 5 – Pregunta 4: ¿Siente más protección de sus derechos decidiendo usted mismo sobre el problema que tenga o delegando a un juez que decida por usted?

Análisis: El objetivo de esta pregunta no es evaluar la percepción de la gestión de los jueces, pero es evidente que las personas encuestadas en un 91,3% prefieren ante una controversia judicial, sienten mayor protección judicial al poder tener la capacidad de tomar sus propias decisiones y no delegar dicha capacidad a un juez.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar la percepción de los encuestados sobre la administración de justicia ordinaria.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

5. Pregunta: ¿Considera usted que, si el acuerdo firmado en mediación es cumplido, evitando así un juicio, usted tendría la sensación de que se hizo justicia?

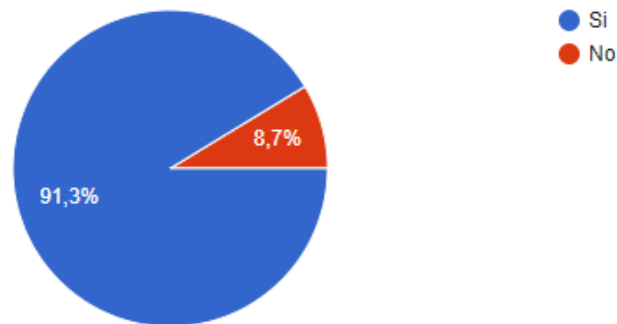


Figura 6 - Pregunta 5: ¿Considera usted que, si el acuerdo firmado en mediación es cumplido, evitando así un juicio, usted tendría la sensación de que se hizo justicia?

Análisis: El 91,3% de los encuestados consideran que si un acuerdo de mediación, el cual concluyó de forma voluntaria y por decisión de las partes en controversia o conflicto, si dicho acuerdo es cumplido, sentirían que imperó la justicia, considerando que no tuvieron la necesidad de participar en un proceso judicial.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es aportar una evidencia documental al pensamiento de que un proceso de mediación puede al momento de concluir un conflicto sin necesidad de ponerlo a conocimiento de un juez y tener la sensación de que se obtuvo justicia sobre el derecho que debía ser protegido.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES EJERCIDOS EN UN ACUERDO DE MEDIACIÓN.

6. Pregunta: ¿Considera usted que en juicios de niñez y familia acudir a mediación debería ser obligatorio antes de proponer una demanda?

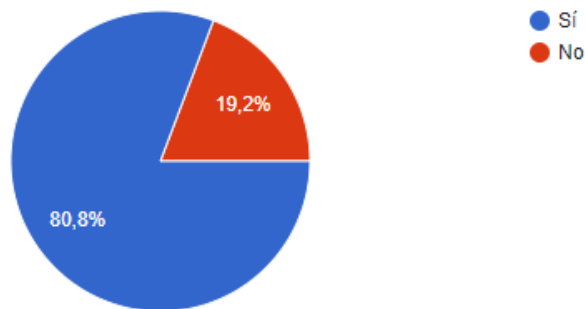


Figura 7 - Pregunta 6: ¿Considera usted que en juicios de niñez y familia acudir a mediación debería ser obligatorio antes de proponer una demanda?

Análisis: Un 80,8% de los encuestados considera que en temas de niñez y familia debería acudirse previo al inicio de un juicio a una etapa de mediación.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar la intención de los encuestados sobre un tipo de proceso judicial recurrente y de mucha incidencia dentro de los procesos judiciales.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

7. Pregunta: ¿Considera usted que en conflictos de cobranza se debería intentar reestructura la deuda por medio de mediación antes de presentar una demanda?

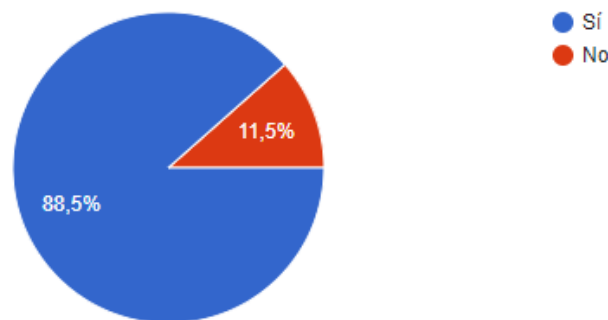


Figura 8 - Pregunta 7: ¿Considera usted que en conflictos de cobranza se debería intentar reestructurar la deuda por medio de mediación antes de presentar una demanda?

Análisis: Un 88,5% de los encuestados considera que los conflictos de cobranza se deberían intentar reestructurar la deuda en una etapa de mediación antes de presentar la demanda.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar la intención de los encuestados sobre un tipo de proceso judicial recurrente y de mucha incidencia dentro de los procesos judiciales.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

8. Pregunta: ¿Considera usted que en conflictos laborales debería ser obligatorio intentar resolver la controversia en mediación antes de iniciar un juicio?

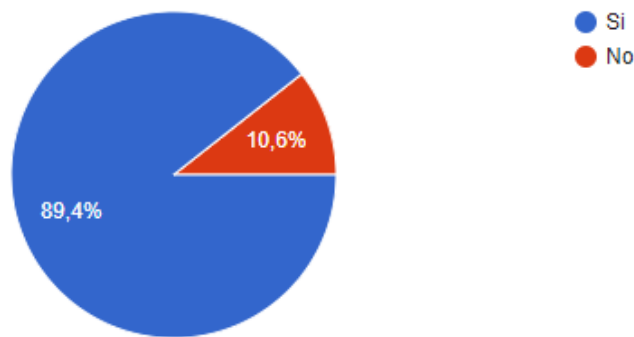


Figura 9 - Pregunta 8: ¿Considera usted que en conflictos laborales debería ser obligatorio intentar resolver la controversia en mediación antes de iniciar un juicio?

Análisis: Un 89,4% de las personas encuestadas sí considera que los conflictos laborales deberían ser obligatorio intentar resolver la controversia en mediación antes de iniciar un juicio.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar la intención de los encuestados sobre un tipo de proceso judicial recurrente y de mucha incidencia dentro de los procesos judiciales.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.3 VENTAJAS EN UN PROCESO DE MEDIACIÓN.

9. Pregunta: ¿Considera usted, que participar voluntariamente en un proceso de mediación en el cual usted negocia directamente el acuerdo, sin que un tercero (un juez) decida por usted, una forma de acceder a la justicia?

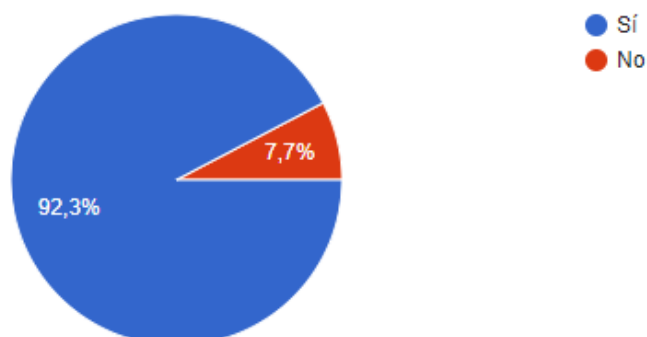


Figura 10 - Pregunta 9: ¿Considera usted, que participar voluntariamente en un proceso de mediación en el cual usted negocia directamente el acuerdo, sin que un tercero (un juez) decida por usted, una forma de acceder a la justicia?

Análisis: El 92,3% de los encuestados considero que su percepción de acceso a la justicia puede establecerse con la participación voluntaria en un proceso de mediación en la cual se negocie directamente con la contra parte.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es aportar una evidencia documental al pensamiento de que un proceso de mediación puede al momento de concluir un conflicto sin necesidad de ponerlo a conocimiento de un juez y tener la sensación de que accedió a la justicia.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES EJERCIDOS EN UN ACUERDO DE MEDIACIÓN.

10. Pregunta: ¿Tiene conocimiento sobre su derecho constitucional a la libertad de contratación, el cual consiste en la capacidad de decisión sobre sus derechos u obligaciones?

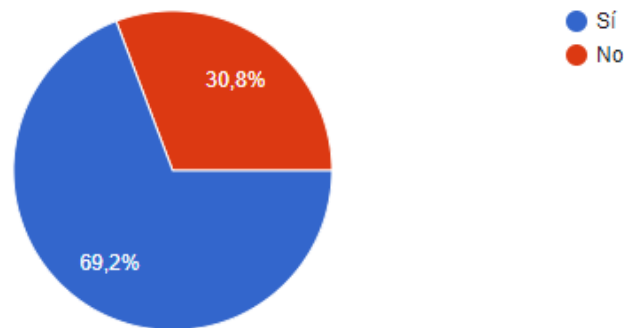


Figura 11 - Pregunta 10: ¿Tiene conocimiento sobre su derecho constitucional a la libertad de contratación, el cual consiste en la capacidad de decisión sobre sus derechos u obligaciones?

Análisis: Un 30% de los encuestados no tenían conocimiento de un derecho constitucional que les permite y garantiza la libertad de convenir o celebrar acuerdos, considerando que la Constitución tienen más de una década de vigencia, es un porcentaje elevado que puede evidenciar un desconocimiento general de los encuestados del abanico de derechos que tienen y que puede de igual forma desconocer.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar el conocimiento sobre el derecho constitucional a la libertad de contratación.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES EJERCIDOS EN UN ACUERDO DE MEDIACIÓN.

11. Pregunta: ¿Tiene conocimiento de que la Constitución del Ecuador le garantiza el acceso a la justicia?

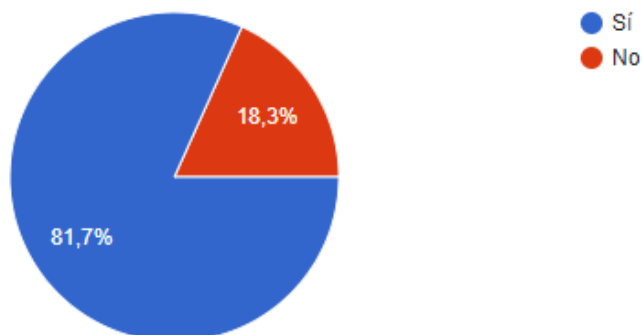


Figura 12 - Pregunta 11: ¿Tiene conocimiento de que la Constitución del Ecuador le garantiza el acceso a la justicia?

Análisis: En esta pregunta que tiene como finalidad establecer un muestreo aleatorio del conocimiento de los encuestados de los derechos que la Constitución le garantiza, un 81,7% contestó que sí tienen este conocimiento.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar el conocimiento sobre el derecho constitucional del acceso a la justicia.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.3.1. DERECHOS CONSTITUCIONALES EJERCIDOS EN UN ACUERDO DE MEDIACIÓN.

12. Pregunta: ¿Conoce usted que la Constitución reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos?

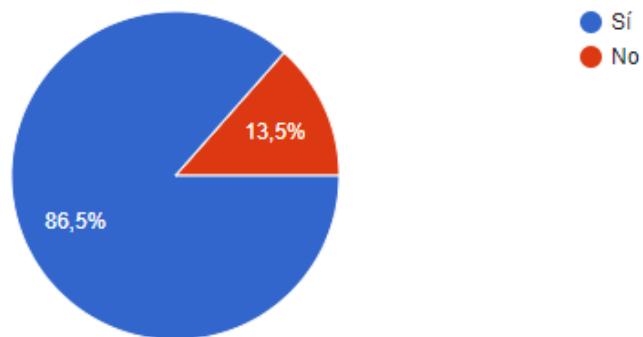


Figura 13 - Pregunta 12: ¿Conoce usted que la Constitución reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos?

Análisis: El 86,5% de los encuestados afirma sí conocer que el concepto de mediación como método alternativo de solución de conflictos y que el mismo es parte de la Constitución.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar el conocimiento de los encuestados sobre la jerarquía constitucional de la mediación en el Ecuador.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.4.1. LA MEDIACIÓN.

13. Pregunta: ¿Sabe usted que la mediación es un acuerdo firmado entre dos personas en compañía de un mediador, en el cual los acuerdos, obligaciones o reconocimientos ahí establecidos, tiene igual valía que una sentencia de cosa juzgada (como si hubiese sido obtenido en un juicio ante un juez)?

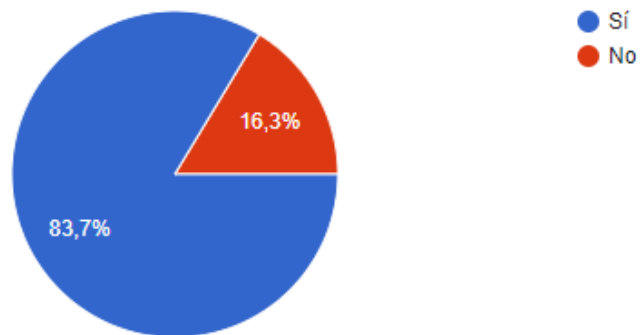


Figura 14 - Pregunta 13: ¿Sabe usted que la mediación es un acuerdo firmado entre dos personas en compañía de un mediador, en el cual los acuerdos, obligaciones o reconocimientos ahí establecidos, tiene igual valía que una sentencia de cosa juzgada?

Análisis: Se mantiene la misma tendencia, un 83,7% de los encuestados contestos afirmativamente sobre su conocimiento de que la mediación es un acuerdo firmado entre dos personas en compañía de un mediador, en el cual los acuerdos, obligaciones o reconocimientos ahí establecidos, tiene igual valía que una sentencia de cosa juzgada.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar el conocimiento de los encuestados sobre las consecuencias jurídicas de celebrar un acta de mediación, esto con la finalidad de aportarle rigidez al análisis al considerar que si las personas encuestadas aún conociendo de la fuerza de cosa juzgada que tiene un acta de mediación, su intención es favorable a dicha opción.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.4.1. LA MEDIACIÓN.

14. Pregunta: ¿Tiene usted la percepción de que al participar en un juicio se protegerán sus derechos?

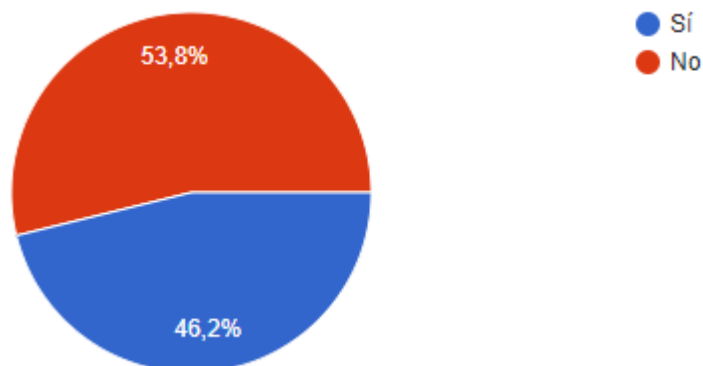


Figura 15 - Pregunta 14: ¿Tiene usted la percepción de que al participar en un juicio se protegerán sus derechos?

Análisis: Esta pregunta muestra una imagen de deterioro ante la administración de justicia, más de la mitad de los encuestados, un 53,8% afirma no tener la percepción de que al participar en un juicio se protegerán sus derechos. Considerando la tendencia de las preguntas anteriores y las respuestas a las mismas, se debe observar que los encuestados sí tienen en su gran mayoría una idea integral sobre sus derechos constitucionales de acceso a la justicia y métodos alternativos de solución de conflictos, pero esto propicia al contrario una percepción de que, participando en un proceso judicial, sus derechos no serán protegidos.

Justificación y relación con la investigación: El objeto de esta pregunta es identificar el conocimiento de los encuestados sobre la confianza de celebrar un acta de mediación, esto con la finalidad de aportarle certeza a la teoría de que un acta de mediación puede ser una vía idónea para proteger y ejercer derechos constitucionales.

Relación con el objeto de la investigación: Esta pregunta es parte del análisis del punto 2.1.4.1. LA MEDIACIÓN.

CAPÍTULO CINCO: PROPUESTA DE INTERVENCIÓN

5.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La mediación en Ecuador es parte del ordenamiento jurídico desde el año 1997, una década antes de que sea considerada como norma Constitucional al ser incorporada en la Constitución de la república del Ecuador en el año 2008.

En la misma Constitución se reconoció y garantizó a todas las personas el acceso a la justicia, el acceso a una tutela judicial efectiva y la libre contratación como derechos constitucionales a los cuales el Estado consagra y garantiza su cumplimiento y acceso a todas las personas.

No obstante, tener un marco constitucional que pretendió, bajo la óptica de los asambleístas constituyentes, ser garantista, progresista en derecho y que establezca una serie de condiciones normativas favorables para el respectivo desarrollo de los derechos de las personas, esto no ha sido suficiente ni concluyente para que la administración de justicia en Ecuador pueda tener niveles de eficacia, celeridad, inmediatez, acceso a la justicia que nuestra propia carta magna manda y obliga a cumplir a las autoridades.

Considerar al acceso a la justicia como un derecho que solo puede materializarse a través del inicio de un proceso judicial, puede que haya propiciado e incidido en que todo tipo de controversia entre particulares o incluso ante el propio estado, deba tener como mecanismo de solución necesariamente el inicio de un proceso judicial.

Este direccionamiento a través de la política pública y normas legales existentes, sin que existas una depuración previa de procesos, puede estar saturando y registrando tasas de pendencia en los procesos judiciales, reflejando tiempos de desarrollo de las audiencias que incluso se contraponen a los plazos establecidos en la propia ley para cumplir fases o etapas procesales.

El utilizar otro método alternativo de solución de conflicto, el cual cuenta con la estructura normativa legal y constitucional, puede ser una alternativa inicial, que, establecida de forma previa y voluntaria por las partes, puede generar un efecto de iguales características y resultado como el de una sentencia y resolviendo el conflicto sin necesidad de que el Estado a través de la función judicial, tenga que hacerlo.

5.2 JUSTIFICACIÓN

La propuesta se justifica en que hasta ahora como esta diseñado el sistema judicial, el mismo no ofrece soluciones al ejercicio real de los derechos de protección. Ni las personas encuentran en la justicia la solución a sus problemas, ni el Estado cumple con las obligaciones que tiene para este efecto.

A partir de este problema, se plantea realizar un análisis legal a las leyes existentes, además de propiciar un cuestionamiento a la ausencia de reformas que dinamicen el uso de la mediación como un mecanismo de acceso a la justicia y no como una alternativa que dependa de que una de las partes la proponga dentro de un proceso o que un juez ordinario la ordene de oficio en una etapa de conciliación.

De igual forma, al analizar los resultados de la muestra de la investigación cualitativa, en la cual los encuestados desarrollaron un cuestionario que propendía establecer una muestra de la percepción, conocimiento y nivel de conformidad relacionado al derecho de acceder a la justicia así como a poder utilizar un mecanismo legal, dichos resultados y su análisis evidencia una muy marcada muestra de aceptación a la propuesta de utilizar la mediación como un paso previo obligatorio previo al desarrollo de un proceso judicial.

Se incluyó dentro del análisis las estadísticas e informes preparados por el Consejo de la Judicatura del Ecuador en el cual exponen los indicadores de causas recibidas, atendidas y pendientes de atención, el cuales evidencia un informe anual que

muestra cifras calculadas de enero a diciembre del año 2019 y se presenta un resumen con los datos globales de productividad, estado de causas y tasas judiciales.

5.3 OBJETIVOS

- Que se garantice el acceso a la justicia conforme lo establece la Constitución y las leyes.
- Permitir que las personas ejerzan sus derechos de forma activa y progresista utilizando métodos alternativos de solución de conflictos.
- Desarrollar por medio de reformas legales cambios certeros que incidan directa y positivamente a la descongestión del sistema judicial.
- Que una justicia oportuna en tiempos de atención sea el equivalente a acceder a la justicia y esto no podrá materializarse mientras no se trabajen en estructuras que fortalezcan el acceso al sistema judicial, evitando la acumulación de admisiones en los procesos a través de reformas que direccionen apropiadamente a controversias que por su naturaleza puedan resolverse con mecanismos legales alternativos de solución de conflictos.

5.4 ALCANCE Y BENEFICIOS

El alcance de esta propuesta planteada es ilimitado ya que la misma pretende proponer una reforma legal al Código Orgánico General de Procesos, por esta razón no podría ser delimitado.

Los beneficiarios son todas las personas que en algún momento tengan la necesidad de acceder a la justicia en medida de que el sistema judicial no tendrá los

porcentajes de pendencia actuales y se podrá contar con una justicia más dinámica que consagre el principio de celeridad procesal.

De igual forma se beneficiarán los operadores y servidores judiciales, al destinar tiempo y recursos valiosos a la revisión de procesos agotaron previamente mecanismos legales de solución de la controversia.

Finalmente, se beneficiaría el estado a través de la función judicial, al tener una función judicial con estadísticas de atención y resolución de procesos más eficientes y sin haber tenido que invertir o construir más instalaciones de sedes judiciales y por ende contratar a un mayor número de funcionarios públicos.

5.5 DESARROLLO

Se plantea a la Asamblea Nacional, la siguiente propuesta de reforma:

REPÚBLICA DEL ECUADOR

EL PLENO

Considerando

Que, por mandato constitucional, los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, a base de derechos de igualdad, no discriminación, acceso gratuito a la justicia, tutela efectiva imparcial y expedita, debido proceso y seguridad jurídica, conforme lo prevén los artículos 11, 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental;

Que, la Constitución de la República en el artículo 167, consagra que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones previstos en la Constitución;

Que, la Constitución de la República en los artículos 168 y 169 prescribe que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral;

Que, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal;

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 7 y siguientes prevé que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, independencia, imparcialidad, unidad jurisdiccional y gradualidad, especialidad, publicidad, responsabilidad, servicio a la comunidad, dispositivo, concentración, probidad, buena fe y lealtad procesal, verdad procesal, obligatoriedad de administrar justicia, interpretación de normas procesales, impugnación en sede judicial de los actos administrativos;

Que, las facultades y deberes genéricos, facultades jurisdiccionales, facultades correctivas y facultades coercitivas de las y los juzgadores previstas en los artículos 129, 130, 131 y 132 del Código Orgánico de la Función Judicial deben desarrollarse a través de normas procesales que coadyuven a la cabal aplicación de los preceptos constitucionales, de las normas de los instrumentos internacionales y de la estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías procesales que orientan el ejercicio de la Función Judicial;

Que, la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 43 establece que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia

transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto y en su artículo 44 señala que la misma podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Que, es imperioso armonizar el sistema procesal actual a las normas constitucionales y legales vigentes, a través de un cambio sustancial que propone, bajo el principio de celeridad procesal y acceso judicial; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide el siguiente:

Capítulo I
REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO DE PROCESOS

Artículo 1.- En el artículo 143 del Código Orgánico de Procesos aumentar un numeral después del numeral 7 con el siguiente texto:

ARTÍCULO VIGENTE	ARTÍCULO PROPUESTO	JUSTIFICACIÓN
Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos: (...) 7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. La o el juzgador no ordenará la	Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos: (...) 8. En casos que versen sobre materia transigible, se deberá adjuntar acta de constancia de imposibilidad	Con el acta de imposibilidad de mediación emitida por un mediador o un centro de mediación debidamente autorizado por el Consejo de la Judicatura, queda en evidencia de que se cumplieron las debidas formalidades para el acceso a una mediación y que la

práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio.	de mediación.	misma no pudo celebrarse con un acuerdo, dejando expresamente el derecho del actor de una demanda a acudir a la justicia ordinaria y acceder a la justicia.
--	---------------	---

CAPÍTULO SEXTO: CONCLUSIONES

El acceso a la justicia es sin lugar a dudas uno de los derechos fundamentales que más dificultades puede acarrearle a una sociedad, en medida de que el acceso a la justicia no debe interpretarse por los operadores de justicia como la oportunidad de presentar o manifestarse dentro de un proceso, más aún si dicho proceso no guarda armonía con los principios que rigen a la administración de justicia.

La mediación es sin duda una herramienta jurídica dinámica, que siendo difundida y utilizada como un principio dispositivo en una etapa pre procesal o procesal, puede aportar de una forma vanguardista y global a la protección de los derechos y al acceso a la justicia, brindando la oportunidad y la capacidad a dos partes en conflicto a poder materializar con un acuerdo voluntario, una solución que brinde los efectos de una sentencia, sin la necesidad de incidir en la congestión de un sistema procesal ya comprometido en sus indicadores de pendencia de procesos.

A pesar de que la mediación en nuestra legislación no es muy antigua, en otras culturas y naciones es una práctica incluso milenaria, en la cual se delegaba por las autoridades a las personas de mayor respeto y experiencia la actividad de poder ayudar a la comunidad desarrollando mediación como un paso obligatorio en la resolución de una controversia de la comunidad, propiciando de están forma acuerdos y soluciones sin tener que recurrir a un sistema judicial que si existía pero que era destinado a temas de mayor relevancia o complejidad. Esto es muy importante, en medida de que la experiencia de otros estados, sociedades y culturas en la forma de dar cabida a estos medios alternativos de solución de conflictos pueden servir como una referencia y experiencia para extraer lo positivo y optimo de estas experiencias y poder así replicarlo con éxito en el sistema judicial de Ecuador.

En Ecuador, la Constitución garantiza el acceso a la justicia, no obstante, el acceso no debería el equivalente a que un funcionario público le recepté una demanda, de por sí existen por reserva legal actividades y funciones que son desarrolladas por

profesionales no vinculados al sistema judicial y que desarrollan actividades inherentes al mismo, como el caso de los Notarios, Árbitros y por su puesto los Mediadores, estos profesionales materializan, con el desarrollo de sus actividades y en cumplimiento de las leyes existentes, un tipo de acceso a la justicia.

Este estudio propende brindar un enfoque de cambio de conceptos de acceso a la justicia y sin que dicho cambio límite su acceso y el respeto a los derechos de protección del cual gozamos todos los ciudadanos de la nación, los cuales, si bien es cierto ya gozan de un sistema judicial que les consagra el acceso gratuito a la justicia, el contar con una carta magna que protege y jerarquiza el acceso a la justicia y a la protección de los derechos y tener una ley de arbitraje y mediación ha permitido a los actores del sistema judicial el acudir preventivamente o ser derivados en un momento procesal a estas etapas.

Ante lo cual, la finalidad del mismo es plantear la necesidad de realizar reformas legales a cuerpos legales existentes como es el Código Orgánico General de Procesos y con este cambio dinamizar vía mediación la solución de una cantidad importante de posibles juicios y que dichos acuerdos en mediación tengan los mismos efectos de una sentencia, por lo que se puede consagrar el acceso a la justicia y proteger los derechos de las personas.

Esta reforma no debe considerarse como un elemento que entorpezca o dificulte el acceso a la justicia, ya que es todo lo contrario, el brindar una etapa previa al proceso judicial para que las partes puedan revisar la controversia, escuchar con el debido acompañamiento alternativas de solución o remediación, es una muestra fáctica de que una mediación puede brindar acceso a la justicia de forma óptima y eficiente.

El tener un acceso sin control a la justicia, por el solo hecho de cumplir estructuras o formalidades de presentación de una demanda, lo que ha propiciado es una congestión del sistema judicial que incide directamente en un desmejoramiento de su capacidad administrativa, operativa y resolutive, ocasionando que quien accede a la

justicia termina inmerso en un légame de procesos acumulados por un constante irrespeto a la ley en relación a términos o plazos que no hacen más que confirmar que los propios administradores de justicia están destinados a incumplir la propia ley y los principios que la misma debe garantizar cómo es la celeridad procesal y una tutela judicial efectiva.

Un proceso que no cuente con el cumplimiento por parte de los jueces en los propios términos o plazos establecidos en la ley, debe ser un elemento a considerar por las autoridades y evaluarse los hechos comprobables que inciden en este irrespeto a la ley. Si en el mismo ordenamiento jurídico contamos actualmente con herramientas que al aplicarse inciden directamente en el mejoramiento de los indicadores de pendencia de procesos, es necesario aumentar los esfuerzos necesarios para que puedan materializarse en hechos la disminución de procesos sin que esto conlleve a la vulneración del derecho de acceder a la justicia.

El acceder a la justicia debe ser por parte del Estado una obligación, que se garantice su cumplimiento con hechos más evidentes y no limitarse a evidenciar el acceder a un juicio o contestar una demanda, el Estado debe garantizar a los ciudadanos la obtención de una resolución oportuna que consagre los derechos exigidos y protegidos, respetando el debidos procesos de las partes en conflicto y concluyendo la controversia con una resolución que no vulnere derechos, estos elementos son parte del núcleo esencial de los derechos relacionados a este estudio.

CAPÍTULO SÉPTIMO: RECOMENDACIONES

Dada la importancia de una propuesta que plantea entre los objetivos de la misma el reducir los indicadores de pendencia de los procesos judiciales sobre materia transigible, es importante que la idea de reformar el Código Orgánico General de Procesos sea analizada de forma objetiva y técnica por el Consejo de la Judicatura, la Asamblea Nacional, Colegios de Abogados, directores de centros de mediación, abogados, mediadores, escuelas de derechos de universidades y en general la sociedad.

Esta reforma dinamizara a que los operadores de justicia se enfoquen en controversias y litigios que por su naturaleza no se pueda transigir o que existiendo un acuerdo obtenido en mediación el mismo fue incumplido y tenga el juez la capacidad de ejecutar dicho incumplimiento.

Se recomienda de igual forma que el concepto de mediación sea constantemente expuesto a la sociedad por medio de campañas de difusión pública o al iniciar un proceso administrativo en cualquier etapa del mismo, brindando de esta forma conocimiento general a las personas de las ventajas y beneficios que pueden obtenerse al utilizar estos mecanismos legales de forma preventiva, a su vez, pueda ser objeto de evaluaciones al suscitarse controversias y conflicto que merezcan un análisis de posibles contingentes o alternativas de solución.

Se conmina amablemente a la academia a que se desarrollen foros y seminarios de las ventajas de la mediación como una herramienta que impulse la cultura de dialogo y armonía en la solución de conflictos, brindando desde la formación académica a sus estudiantes el concepto de que al brindar un servicio profesional legal las personas no necesariamente desearán como un complemento a la solución del conflicto una interacción de fuerzas litigantes opuestas como requisito o elemento necesario para la

solución de un conflicto y que la satisfacción o sensación de acceso a la justicia puede estar íntimamente ligada a un acuerdo voluntario, pacífico, veloz y definitivo.

Se recomienda que el análisis de la mediación como una herramienta de protección de derechos y acceso a la justicia sea evaluada por su aporte a la sociedad desde una perspectiva axiológica, en la cual en su esencia la mediación al ser un procedimiento voluntario y que anhela la obtención de un acuerdo, trae consigo la búsqueda y obtención de elementos y valores positivos para las personas y por consiguiente, a la sociedad en general, por lo que debe seguirse desarrollando su estudio por especialistas en sociología, que al estudiar la vida humana en su interacción con grupos y con la sociedad, destaquen a la misma como un herramienta para la solución de controversias, los cuales son inherentes y esenciales dentro de las contradicciones de la interacción humana.

En Ecuador el más alto deber del Estado es la protección de los derechos de los ciudadanos, los cuales se protegen a través del ejercicio de los mismos, la protección de normas legales establecidas, la utilización de garantías jurisdiccionales entre otros mecanismos jurídicos consagrados en la Constitución y las diversas leyes o reglamentos; la finalidad debe ser que las personas accedan por diversos mecanismos a poder ejercer dicha protección; nuestra constitución a su vez reconoce la mediación como uno de dichos mecanismos, pero esto no podrá ser realmente efectivo y eficiente si no conlleva un cambio cultural en todos los miembros activos de la sociedad, ya que es necesario que como sociedad comprendamos que tenemos la capacidad constitucional de ejercer el derecho a la libre contratación, ante lo cual, entender que este derecho nos brinda una capacidad solida de contraer acuerdos.

Comprender este derecho nos brinda elementos de evaluación al momento de afrontar una dificultad, en los cuales, el poco acceso a conocer estos mecanismos puede incidir directamente a que una persona en conflicto y que no conozca esta alternativa de

solución, pueda recurrir como primera alternativa, dependiendo de su estrato social o económico a decisiones extremas, como puede ser un comportamiento violento y ajeno a derecho como mecanismo de solución o en otros casos a procesos judiciales que pudieron haber evitado en una audiencia de mediación.

Pero esto no podrá suceder si no existe un cambio cultural y generacional impulsado desde el gobierno y los actores de la sociedad, en la que se debe incidir en la familiarización integral del concepto de una solución de conflicto por medio de un acuerdo celebrado en mediación como una herramienta de acceso a la justicia, protección de derechos y libre contratación.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri, A. (2009). "De los contratos". *Editorial Jurídica de Chile*, 11.

Amezcuca, L. (2015). Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte IDH*, 341. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24334.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas ONU. (30 de 11 de 2012). <https://undocs.org>. Obtenido de <https://undocs.org>: <https://undocs.org/es/A/RES/67/1>

Asamblea Nacional. (2006). *Ley de arbitraje y mediación* . Quito, Ecuador: Registro Oficial 417, 14-XII-2016.

Asamblea Nacional Constituyente. (1998). *Constitución Poítica del Ecuador*. Riobamba: Registro Oficial del Ecuador.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución Política del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial del Ecuador.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Principios de la administración de justicia*. Montecristi: Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Código orgánico de la función judicial*. Quito: Registro Oficial Suplemento 544.

Asamblea Nacional Ecuador. (2009). *Código Orgánico Función Judicial*. Quito: Registro Oficial.

Bitbol, A. (1981). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires: Driskill, pag. 78.

BORDEAUX. (1857). *Philosophie de la Procédure Civile*. Paris: Auguste Hérissey, Évreux, 1857, cap. XVIII, pág. 243.

- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: HELIASTA S.R.L.
- Carpizo, E. (2011). *Derechos fundamentales*. Mexico: Porrúa.
- Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Serie C No. 340 (Corte Interamericana Derechos Humanos 31 de Agosto de 2017).
- Castelblanco, C. (2008). *La Mediación y el Ejercicio de la Abogacía*. Obtenido de www.mediate.com: <https://www.mediate.com/articles/abogacia.cfm>
- Conforti, F. (2016). *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Madrid: Tecnos, pag. 141.
- Congreso de las Naciones Unidas. (1985). *DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER*. Milan: Congreso de las Naciones Unidas.
- Constituyente, Asamblea Nacional. (1978). *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1978*. Paris.
- Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)*. (1969). San Jose: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia No. T-240/93*. Bogota: Relatoria de la Corte Constitucional de Colombia.
- Garate, R. (1995). *ETICA Y LIBERTAD*. Bilbao: Universidad de Deusto, pag. 22.
- González, D. (2003). LAS DIMENSIONES DE LA LIBERTAD. *REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS*, 228.
- González, R. M. (s.f.). *Marketing-xxi*. Obtenido de [Marketing-xxi: https://www.marketing-xxi.com/departamento-de-atencion-al-cliente-104-xxi.htm](https://www.marketing-xxi.com/departamento-de-atencion-al-cliente-104-xxi.htm)

- Grover, K. (1996). *La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*. Barcelona, España: Paidós, pag. 52.
- Héctor Mauricio Mazo Álvarez. (17 de 02 de 2013). *scielo.org.co*. Obtenido de scielo.org.co: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a07.pdf>
- Humberto Nogueira Alcalá. (2010). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y 2 control de convencionalidad*. Santiago: Revista de Derecho 79.
- Jequier, E. (2016). *La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación*. Valdivia: Revista de Derecho, Universidad de los Andes, Chile, pag. 98.
- José Antonio Burneo B. (07 de 03 de 2019). *derechoecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/>: <https://www.derechoecuador.com/libertad-de-contratacion>
- LI, X. (2017). *LA MEDIACIÓN EN CHINA Aportaciones de Occidente*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Marcheco, B. (2020). La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana. *Estudios constitucionales vol.18 no.1*, 13.
- Maria Jose Vega. (09 de 09 de 2020). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: https://derechoecuador.com/dignidad-humana-como-limite-al-poder-del-estado#_ftnref3
- Martínez, V. (01 de Agosto de 2012). *www.scielo.org.mx*. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002#nota

- Maslow, A. (1943). Jerarquía de las necesidades - Pirámide de Maslow . En A. Maslow, *Una teoría sobre la motivación humana* (págs. 21-47). New York .
- Mauricio Rojas. (29 de 10 de 2018). *uexternado.edu.co*. Obtenido de *uexternado.edu.co*: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-mediacion-en-colombia-un-camello-por-descubrir/>
- Mayer, B. (2012). *The Dynamics of Conflict: A Guide to Engagement and Intervention*. John Wiley & Sons.
- Morales, E. C. (2016). *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*. Madrid: Dykinson.
- Morante, F. (2016). *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Madrid, España: Dykinson, pag. 21.
- Naranjo, V. (2003). *TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS*. Bogota: Editorial Temis S.A.
- Presidente del Tribunal Supremo Warren E. Burger, (. C. (01 de 08 de 2020). <https://www.mediate.com/>. Obtenido de <https://www.mediate.com/>: <https://www.mediate.com/articles/roberts.cfm>
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 12.465 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de 06 de 2012).
- Roberts, M. (01 de Agosto de 2020). *Mediate*. Obtenido de www.mediate.com: <https://www.mediate.com/articles/roberts.cfm>
- Rodriguez, C. (30 de Julio de 2017). La Mediación. ¿Una respuesta al nuevo paradigma del Derecho? *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 3. Obtenido de www.scielo.edu.uy.

Saldaña, J. (2010). *La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente.* . Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

SantaFe. (2 de 12 de 2020). Obtenido de *SantaFe.gov.ar*:
<https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/71289/345896>

Seer, R. (1996). *"Contratos, transacciones y otros acuerdos en derecho tributario alemán"*. Madrid: Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, pag. 155.

Sentencia 171-14-SEP-CC, CASO N. 0884-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 15 de 10 de 2014).

Sentencia No. T-240/93, Expediente T-9665 (Corte Constitucional Colombiana 23 de 06 de 1993).

Sentencia No. T-240/93, Expediente T-9665 (Corte Constitucional Colombiana 23 de 06 de 1993).

Tambussi, C. (2009). *El consumo como derecho humano.* . Buenos Aires: Universidad .

Torres, R. (2001). *Glosario de Bioética.* La Habana: Publicaciones Acuario, Centro Félix Vareta; pag. 53.

Tyler, T. (2014). *La obediencia del Derecho.* Bogota: Siglo del Hombre Editores.

wipo.int. (2 de 1 de 2020). Obtenido de *wipo.int*:
<https://www.wipo.int/amc/es/mediation/guide/index.html>

Zurita, E. (28 de Agosto de 2014). *La Mediación: Definición, ventajas y alcance.* Obtenido de <https://derechoecuador.com/la-mediacion-definicion-ventajas-y-alcance>



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Javier Andres Plaza Zúñiga, con CC.: # 0920577897 autor del trabajo de titulación: LA MEDIACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y DE ACCESO A LA JUSTICIA, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Constitucional** 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, 14 de junio del 2021.

f. _____

ABG. JAVIER ANDRES PLAZA ZUÑIGA

CC.: 0920577897



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN		
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La mediación como garantía de los derechos de protección y de acceso a la justicia	
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Ab. Plaza Zúñiga Javier Andrés	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Leonardo Massimino – Tutor Lic. María Verónica Peña, PhD. Revisor Metodológico Dra. Alejandra Cárdenas, Revisor de Contenido	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado	
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional	
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	Junio de 2021	No. DE PÁGINAS: 68
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Mediación, acceso a la justicia, tutela judicial, derecho a contratación, voluntariedad.	
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):		
<p>Nuestra Constitución establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y dentro de la carta magna forman parte el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.No obstante, el reconocimiento constitucional a estos derechos no ha necesariamente dado una solución integral a los requerimientos de justicia del país, esta debilidad que tiene el Estado frente a la garantía y respeto de los derechos de protección. La consecuente violación de estos derechos a las ciudadanas y ciudadanos, propicia la necesidad de identificar el problema raíz y proponer alternativas de solución que puedan utilizarse como una herramienta idónea para que el Estado subsane la situación que se vive actualmente. La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador define a la mediación como un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto (Asamblea Nacional, 2006). No obstante, la solo existencia de este mecanismo legal como un medio de acceso a la justicia no puede considerarse un aporte determinante a un camino de solución del problema si la utilización de dicho método no es obligatoria en la etapa previa a un proceso en la justicia ordinaria.</p>		

Por lo cual, ante la ausencia de normativa que direcciona y mande la aplicación de este método alternativo de solución de conflicto y no habiendo parámetros que excluyan o restrinjan controversias de diminuta cuantía o conflicto, esto puede haber incidido en una congestión procesal de causas que por su naturaleza, dimensión o relevancia social pudiesen o pudieron ser atendidas en un centro de mediación. De utilizarse previamente un acuerdo extrajudicial voluntario, se materializarían dos circunstancias fácticas: la primera que las partes en conflicto tendrían capacidad de ejercer su derecho constitucional a la libre contratación, expresado como su voluntad y su capacidad de decisión la solución del conflicto que se requiere solución. La segunda, que al contarse con una alternativa obligatoria, los conflictos derivados a mediación se convierten automáticamente en una solución que no necesita ser atendida en la justicia ordinaria. Si bien es cierto Ecuador cuenta con un ordenamiento jurídico existente, todo sistema judicial puede adolecer de circunstancias propias de la realidad económica del país que pueden afectar su correcto desarrollo, a su vez, todo sistema judicial es perfectible y debe ser un compromiso perenne de los administradores del Consejo de la Judicatura el evaluarse y formularse constantemente propuesta de mejoramiento. Este estudio propone crear un análisis en el cual se evalúe instrumentar a la mediación como parte de una etapa pre procesal, siendo un habilitante para el inicio de acciones legales en sede jurisdiccional, con la finalidad de por medio de un acuerdo con efectos de sentencia, obtener el acceso a la justicia sin necesidad de incurrir en un proceso judicial.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/>	SI	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0998243919		E-mail: javierplaza.abogado@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Hernández Terán Miguel Antonio		
	Teléfono: 0985219697		
	E-mail: mhtjuridico@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			