

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia
ordinaria en cuestiones de interés público.**

Ab. José Javier Guamán Burneo

POSTULANTE

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reprografía no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Ab. José Javier Guamán Burneo

Quito, diciembre de 2011

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia
ordinaria en cuestiones de interés público.**

Ab. José Javier Guamán Burneo

Autor

Dra. María Elena Jara

Tutora

QUITO - ECUADOR

2011

RESUMEN

Los problemas por los que atraviesa la Función Judicial en el país debido a la acumulación de procesos, despacho lento de las causas y otras dificultades, hacen que los usuarios no tengan confianza en la Administración de Justicia. Además en nuestro país todavía existen zonas geográficas y poblacionales aisladas de los servicios públicos y por ende del acceso a la justicia siendo necesaria su incorporación dentro de una justicia más inclusiva. Se busca entonces a través de los métodos alternos de solución de controversias, y en especial de la mediación, hacer que las personas sean sus propios jueces y que decidan sus conflictos de una manera amigable y pacífica, más aún en asuntos de interés público, de manera que se fomente una cultura de paz y en una cultura social que ha girado alrededor del litigio.

Para lograr comprender el alcance de este trabajo, es necesario de dar un impulso a la mediación con un cambio en la mentalidad en los agentes de justicia ya que el conflicto no es malo por sí mismo, sino que constituye una importante fuente de dinamismo social, que acaba en el lugar común, decisivo, según el cual no importan los conflictos sino la forma de resolverlos.

La investigación pretende a partir de la experiencia Argentina, EE UU y de otros países que acogieron a la mediación como requisito previo, plantear una propuesta de reforma a la actual Ley de Arbitraje y Mediación, la cual se sustentará además en los criterios de los 100 estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho de tres diferentes universidades, así como se contó con el apoyo mediante las entrevistas a los Directores y Subdirectores de Centros de Mediación de la ciudad de Quito.

El presente trabajo aborda además como tema de estudio la conciliación en el Derecho Administrativo con enfoque en la Contratación Pública por ser un tema de evidente interés público y de vital importancia en nuestros días.

Saber es poder y para democratizar el poder

hay que socializar previamente el saber.

No hacemos nada con proclamar los derechos,

si luego los hombres cuyos derechos hemos

proclamado son incapaces de administrarse, si

para poder actuar no tienen otra solución que

disponer de unos pocos indispensables.

José María Arizmendieta

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	8
 Capítulo I	 9
ASPECTOS INTRODUCTORIOS DE LA MEDIACIÓN	
1.1. Concepto y carácter de la mediación	9
1.2. Principios de la mediación	9
1.3. Tipos de mediación	14
1.4. El Acta de mediación y forma de ejecutarla	15
1.5. Casos en que el Acta puede ser revisada	16
1.6. La Mediación en el Ecuador	17
1.7. La mediación y su relación con el interés público	19
 Capítulo II	 22
CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PARA LA	
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO	
2.1. Las partes y el mediador	22
2.2. Capacidad Legal para Recurrir a La Mediación	27
2.3. Acceso a la mediación ¿Qué asuntos pueden ser mediados?	32
2.4. Límites de la mediación: la transigibilidad	36
2.5. Nulidades Absolutas en la mediación	37

Capítulo III	39
LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA	
3.1. Ventajas y desventajas de la mediación en comparación con la justicia ordinaria	39
3.2. Ventajas y desventajas de la mediación como requisito obligatorio en comparación a la mediación voluntaria	43
3.3. El interés público en promover la mediación	46
3.4. La mediación como política pública	51
3.5. La aplicación de la mediación en los contratos administrativos	54
3.6. Mediación en el Sector Público ¿Quiénes pueden ser parte?	54
3.7. La mediación como cláusula de solución de controversias en la ejecución de los contratos públicos	57
3.8. La confidencialidad de la mediación en relación con el sector privado	59
3.9. La responsabilidad del Estado en la implementación y difusión de los MASC en el sector público	64
3.10. Perspectivas de desarrollo de la mediación en el sector público	65
3.11. Experiencia en la aplicación de la mediación como política del sector público	66
3.12. Propuesta de obligatoriedad de la mediación en el Ecuador	68

Capítulo IV	75
LEGISLACIÓN COMPARADA. MEDIACION OBLIGATORIA	
EN ARGENTINA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	
4.1. El proceso de mediación en Argentina	75
4.2. Análisis de la Ley de Mediación Obligatoria 26.589	84
4.3. La Experiencia Norteamericana (Estados Unidos)	
	94
Capítulo V	102
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
Bibliografía	110
ANEXO 1 Estadísticas Nacionales (Cuadro Consolidado) e Internacionales	
ANEXO 2 Entrevistas a los Directores y Subdirectores de los Centros de Mediación	
ANEXO 3 Propuesta de Ley Reformatoria a la Codificación de la LAYM	
ANEXO 4 Resultado de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes de derecho de las Universidades PUCE, UDLA, UNIBE.	

CAPITULO I LA MEDIACIÓN

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1.1 Concepto y carácter de la mediación

Es un método alternativo de resolución de conflictos, no adversarial, en el cual un tercero imparcial, ajeno al problema, procura el acercamiento entre las partes facilitando su comunicación, para que, en forma cooperativa, arriben a un acuerdo que las satisfaga. Es un método que lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional, la auxilia. La mediación podría funcionar como herramienta auxiliar de la Justicia en todos aquellos supuestos en que dos partes pueden disponer de tal forma sus bienes y derechos que logren poner fin a la lucha que les enfrenta.

Es un método no adversarial porque nace con vocación de que no haya vencedores ni vencidos, de que se acabe con el litigio pero sin litigar. *“Según este método no se trata de que una parte triunfe y la otra sea derrotada, sino que lo importante es lograr que los respectivos intereses salgan a la luz permitiendo luego, a partir de su interrelación, la posibilidad de una solución satisfactoria”*.¹ Para efectos de la aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM) se entiende a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

1.2. Principios de la mediación²

Voluntariedad. Desde este principio el proceso se entiende que la mediación es un método autocompositivo, es decir, responde a la determinación de los mediados (partes) para acudir, permanecer o retirarse del proceso de la mediación, sin presiones, libremente, decidir sobre la información que revelan; así como resolver llegar o no a un acuerdo. Los mediadores tendrán siempre la libertad de seguir participando en la mediación, incluso en el contexto de programas obligatorios. Esto

¹El Proceso de Mediación, Buenos Aires – Argentina, en www.conflictologia.net, última fecha de consulta 20 julio de 2009.

²ABA/USAI, Proyecto para la Mediación en México, 2002, en www.mediacionenmexico.org, última fecha de consulta 18 enero de 2007.

implica que el mediador debe reconocer que son los mediados quienes tienen la potestad de tomar decisiones en la mediación en los casos que permite la ley.

Algunas legislaciones como la argentina y la estadounidense -en ciertos estados- regulan a la mediación como una instancia obligatoria³, lo que debe entenderse en cuanto a asistir a la audiencia/s de mediación, y participar en ella(s) de buena fe, en búsqueda de una solución a su controversia antes de someter el conflicto a la decisión de la judicatura. Aunque en algunos casos sí se ha demostrado la necesidad y eficacia⁴ de la obligatoriedad dentro del sistema tal es el caso de Argentina, la misma ley dispone que la obligatoriedad de mediar no aplica en algunos casos, por ejemplo:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la ciudad autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa⁵;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;

³ Ver anexo 1 en el que se recogen diferentes legislaciones en donde se aplica la mediación como requisito previo.

⁴La calificación de eficacia de la obligatoriedad de la mediación en Argentina están sustentadas en las estadísticas emanadas del Poder Judicial de la Nación que se incorporan en el Anexo 1.

⁵La propuesta de reforma a la LAYM de la presente investigación no excluye las causas en que el Estado es parte, las incorpora como una regla y no las toma como excepción.

j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;⁶

k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y,

l) Procesos voluntarios.

Optativos:

a) Ejecutivos;⁷ y,

b) los desalojos.⁸

Confidencialidad. Lo tratado en mediación no podrá ser divulgado por el mediador, a excepción de los casos en los que la información se refiera a un ilícito penal perseguible de oficio. Las actuaciones que se practiquen en este procedimiento, incluyendo los testimonios o confesiones expresadas por las partes, los apuntes de los mediadores que suelen ser destruidos a la conclusión del proceso no tendrán valor probatorio, ni incidirán en los juicios que se sigan en los tribunales.

Al inicio de la mediación, el mediador informa a los mediados sobre la importancia y alcances de la confidencialidad y solicita su compromiso respectivo. Las sesiones de mediación se celebrarán en privado con la restricción para los mediados de no poder llamar como testigo al mediador en un proceso judicial o arbitral relacionado con el objeto de la mediación. La confidencialidad involucra al mediador y a los mediados, así como a toda persona vinculada a esa mediación.

Flexibilidad. En el procedimiento de mediación se prescindirá de toda forma estricta, para poder responder a las necesidades de los mediados.

⁶**Artículo 10 de la Ley 13.512.** – *“Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos ...”*

⁷La limitante para poder negociar en vía ejecutiva es que se propongan excepciones de fondo. Tratándose de obligaciones originadas en títulos diferentes, la conciliación procede facultativamente. La acción ejecutiva que no se fundamente en contratos admitiría mediación.

⁸ Art. 5 Ley 26.589 de Argentina

Desde este principio, el procedimiento evitará sujetarse al cumplimiento de formas y solemnidades rígidas. Aunque la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, esto no debe interpretarse como un procedimiento rígido sino flexible; toda vez que, durante el procedimiento, el mediador y los mediados pueden obviar pasos y convertir la forma en que se desarrollará más efectiva y eficazmente la comunicación entre los mediados. Debe existir amplia libertad para aplicar el procedimiento, a efecto de alcanzar acuerdos eficientes y satisfactorios.

Neutralidad. El mediador debe mantener una postura y mentalidad equilibrada para no ceder a sus inclinaciones o preferencias.

Desde este principio, el mediador sustrae sus puntos de vista relacionados con el conflicto, a fin de evitar inducir las conclusiones a que deban llegar los mediados. Así ayuda a los mediados a arribar a sus propios acuerdos, absteniéndose de emitir juicios, opiniones o soluciones sobre los asuntos tratados y respetando las decisiones que adopten los mediados.

El mediador evita dar asistencia técnica, como pueden ser procedimientos terapéuticos, de representación y asesoría y / o emitir juicios de formación profesional o personal.

Imparcialidad. El mediador deberá actuar libre de favoritismos, inclinaciones, prejuicios o rituales, tratando a los mediados con absoluta objetividad, sin hacer diferencia alguna. Los mediados reciben el mismo trato y pueden percibir que el mediador es una persona libre de favoritismos de palabra o acción, que ha asumido el compromiso de ayudarlos por igual, sin propiciar ventajas para uno u otro.

El mediador debe contener sus impulsos naturales de simpatía, agrado o concordancia con determinadas ideas, situaciones o personas que se encuentren involucradas en un proceso de mediación. Este principio abarca el deber del mediador de excusarse si existen determinados vínculos entre él y uno o más de los mediados, como parentesco, amistad, trabajo, etc. En circunstancias donde existen

ciertos vínculos que no causarán conflictos de interés desde su punto de vista, el mediador deberá indicárselo a los mediados y solicitar que ellos decidan, si es apropiada o no, su participación como mediador en su caso particular.

Equidad. Diversos autores manifiestan que el mediador debe procurar que el acuerdo al que lleguen los mediados, satisfaga sus intereses de manera justa.

El mediador deberá siempre indagar si los mediados entienden claramente los contenidos y alcances de ese acuerdo. Cuando el mediador detecte desequilibrio de poderes entre los mediados, procurará, sobre la base de sus intervenciones, balancear el procedimiento, buscando el equilibrio.

Legalidad. Son materias de este procedimiento, los conflictos derivados de los derechos que pueden ser objeto de convenio.

Cuando el mediador dude sobre la legalidad o viabilidad de un acuerdo, o sepa, o razonablemente sospeche, que éste está basado en información falsa o de mala fe, deberá recomendar a los mediados que consigan consejos de otros, preferiblemente expertos en el campo relacionado con el contenido del acuerdo, antes de finalizarlo, teniendo cuidado de no perjudicar el procedimiento de mediación y/o a alguno de los mediados por esta intervención.

Como el mediador tiene el papel de agente de la realidad durante el procedimiento de mediación, debe hacer saber a los mediados el alcance y repercusiones, de un acuerdo que: 1) fue alcanzado sobre la base de una práctica de mala fe, o 2) vaya contra las normas jurídicas. Siempre existe la posibilidad de que un mediador no reciba la información necesaria o no tenga la facultad para determinar si un acuerdo cae en una de estas categorías. Por lo tanto, es recomendable que, en tal caso, el mediador informe a los mediados no representados que tienen el derecho de buscar consejo profesional o personal – lo que ellos crean conveniente- antes de firmar cualquier acuerdo.

Honestidad. El mediador no intervendrá o dará por fracasada la mediación, cuando por su naturaleza o la conducta de los interesados, el asunto no sea mediable.

El mediador debe reconocer sus capacidades, limitaciones e intereses individuales, así como institucionales. Se excusará de participar en una mediación por razones de conflicto de intereses o por la falta de preparación o aptitudes necesarias para llevar a cabo el procedimiento de una forma adecuada. De igual manera, el mediador, tiene el deber de dar por terminada una mediación cuando advierta falta de colaboración de uno o más de los mediados, o de respeto a las reglas establecidas para el adecuado desarrollo de la mediación.

El mediador tiene la responsabilidad ética de analizar la información de la cual sea provisto, antes de aceptar cualquier caso de mediación, para determinar si es o no apropiada su participación en la misma. Algunas legislaciones admiten la recusación ante el no desistimiento oportuno del mediador, la cual se deberá imponer únicamente para proteger los intereses de los mediados.⁹

En casi todas las legislaciones que contemplan los MASC se utilizan los principios antes mencionados con excepción del principio de voluntariedad para iniciar un trámite judicial ya que legislaciones como la argentina, española (en temas de familia), estadounidense en ciertos Estados, entre otras, han adoptado a la mediación con el carácter de requisito previo indispensable antes de entablar una demanda y dejar a la justicia convencional que resuelva la disputa.

En nuestra legislación no se hace una enunciación directa de los principios que rigen a la mediación, sin embargo la nueva ley de Mediación obligatoria de Argentina, los enumera claramente en su Art. 7.

1.3. Tipos de Mediación

La mediación presenta varias clasificaciones dependiendo de la perspectiva desde la cual se analice, el Dr. Jaime Vintimilla S, abogado y mediador nos indica las siguientes:**I.** Desde el punto de vista del número de los actores inmersos o número

⁹ABA/USAID, Proyecto para la Mediación en México, 2002, en www.mediacionenmexico.org, última fecha de consulta 18 de enero de 2007.

de partes, puede ser: **bilateral y plurilateral o multilateral**, pues es posible atender casos en los cuales intervienen varias partes;

II. Desde el punto de vista de la ubicación de sus actores, puede ser: **pública y privada**. Esta división se basa en la calidad de los órganos que forman los centros de mediación o que brindan dicho servicio, así será pública la mediación de la Procuraduría General de la Nación o de cualquier Municipio en tanto que será privada la desarrollada por ONGs o Universidades.

III. Desde la materia tratada o área abordada, la mediación puede ser patrimonial, familiar, laboral, penal, social, etc.

IV. Desde el campo de acción social y por la participación de los miembros de la propia comunidad, la mediación puede ser: **institucional o simple mediación y comunitaria o ciudadana**, ya que en la primera el tercero imparcial puede ser cualquier persona que cumpla los requisitos legales y reglamentarios, en tanto que en la segunda se requiere que sea un miembro propio del lugar o comunidad donde funcionan los servicios.

V. Si se considera un elemento extranjero puede ser: **interna (local o nacional) e internacional**.

VI. Por el número de mediadores inmersos en la audiencia, podemos encontrar: **un procedimiento singular** con la presencia y facilitación de un solo mediador **y otro colectivo** donde varios mediadores intervienen. Por ello también se la conoce como comediación.

VII. De acuerdo a la ubicación de los servicios en sede judicial, puede ser: **judicial o adscrita a la función judicial y extrajudicial o fuera de su seno**. Algunos autores hablan de que la mediación judicial es eminentemente pública mientras que la extrajudicial es privada.¹⁰

¹⁰ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, *Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios Sobre La Mediación*, Quito, CIDES NED, 2004, 1ª. ed. p. 11.

1.4. El Acta de mediación y forma de ejecutarla

El procedimiento de mediación concluye con la firma del acta en la que constará el acuerdo total o parcial si ha sido posible la mediación, o por el contrario la imposibilidad de haberlo logrado. Esta acta contendrá por lo menos los antecedentes que dieron lugar al conflicto, una descripción clara de las obligaciones que cada uno de los litigantes tienen que cumplir, las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Para tener una visión clara en lo que se relaciona a la ejecutabilidad, veamos el contenido del Art. 47 inciso 3, de la LAYM que dice: *“El acta de mediación en la 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, salvo las que se originaren con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.”*

Para mayor ilustración analicemos el siguiente ejemplo: si es que en este procedimiento se ha resuelto sobre los lineamientos de un menor de edad, se enviará el acta al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia correspondiente para que éste, a través del Juez, sin modificar en absoluto nada de lo convenido, la haga cumplir en su totalidad, esto es las pensiones alimenticias fijadas, con sus consecuencias en caso de incumplimiento, como es el apremio por dos meses de atraso, como en este caso, el Juez quien tiene que ejecutar o dar cumplimiento a lo convenido, en cualquier circunstancia o caso determinado, tiene la obligación de acatar esta disposición.

1.5. Casos en que el Acta puede ser revisada

La LAYM en el último inciso del Art. 47, al respecto textualmente contempla: *“En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y la Adolescencia y otras leyes relativas a fallos en esta materia.”*

La disposición antes mencionada está relacionada con otras leyes especiales, tales como:

Código de Procedimiento Civil (Art. 726)Art. 730 del Código de Procedimiento Civil. Ley Contra la Violencia la Mujer y la Familia (Art. 21 inciso 4)Código de la Niñez y la Adolescencia (Art.278), etc. Pueden ser revisados también los acuerdos o resoluciones que se relacionan con las curadurías, por el mismo propósito de precautelar los intereses del menor. De la misma manera, los acuerdos a los que llegaren en los casos previstos en la ley contra la violencia a la mujer y la familia, de conformidad al cuarto numeral del Art. 21 del mencionado cuerpo jurídico.¹¹

1.6. La Mediación en el Ecuador

Existen numerosos cuerpos legales que hacen referencia a la mediación, tales como: Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Art.8 lit. f); Código del Trabajo (Arts. 470, 476 ...), Código Civil (transacción Art.2348, primer inciso, Art. 2362); Código de Procedimiento Civil (Art. 402); Código Orgánico de la Producción (Art. 27), etc., sin embargo para efectos de la presente investigación nos enfocaremos en la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, su Reglamento General y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

La Constitución: reconoce expresamente a los medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos la mediación (Art. 190).El mismo artículo dispone que en contratación pública se utilice el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, no así en mediación. A esto debemos añadir que dentro del proceso de arbitraje se contempla acertadamente la realización de una audiencia de mediación (Art. 15 LAYM).

Al respecto, existe todavía un cierto recelo de los jueces para ejecutar un laudo arbitral (ejemplo: por desconocer cómo se ha llevado el proceso) o para sugerir una derivación procesal a la mediación, como se lo faculta según la LAYM, aspectos que convulsionan aún más nuestro sistema de justicia. Pero más allá del recelo o del

¹¹ MOROCHO MONCAYO, Jorge, *La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana*, Riobamba, Edit. EDIOCENTRO,1ª.ed., 2004, pp.70 – 73.

temor o la educación clásica, está el deber del juez de aplicar por sobre todo la constitución, respetando la posibilidad de utilizar los MASC.,

Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM)

La Ley de Arbitraje y Mediación, en vigencia desde el 4 de septiembre de 1997 (RO145), en su artículo 43 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.”*

El concepto exige un análisis especialmente en cuanto a la voluntariedad y las materias que son transigibles, lo que nuestra ley incorpora a diferencia de otras legislaciones y lo que la hace tan valiosa es el carácter extrajudicial y definitivo que se le da al conflicto por medio del acta de mediación, ya que ésta tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, lo que pone fin al conflicto, debiendo ser cumplida por las partes caso contrario se la ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. En legislaciones como la peruana o la colombiana al acta se le da una validez de título de ejecución o de mérito ejecutivo, respectivamente, ya que al acta no se la asemeja a un valor de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.¹² La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP en su artículo 104 contempla: *“De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.”*

El artículo 161 del Reglamento General a la LOSNCP, dispone que: *“Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”*

¹² Ver artículo 18, Ley 26872, Perú; Artículo 1, párrafo 1 Ley 640, Colombia.

En los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no podrá pactarse el sometimiento a arbitrajes internacionales sin autorización expresa del Procurador General del Estado de conformidad con la Ley.”

1.7. La mediación y su relación con el interés público. Para entender mejor el tema de investigación es preciso dejar en claro qué se entiende por interés público, así:

El concepto mismo de interés público entra de lo que se conoce como conceptos jurídicos indeterminados (en adelante CJI), es decir el término cumple una o varias funciones, más que poseer un significado determinado en el sistema jurídico ecuatoriano. El significado es atribuido por la regulación y delimitado por la jurisprudencia, pero no puede hablarse de un sentido unívoco del término “interés público”. Para García de Enterría, *“Se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de interés o situaciones perfectamente identificables aunque lo haga en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse al momento de su aplicación”*.¹³

Nuestra legislación respetando y delimitando la potestad discrecional se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados así: *“Frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, oferta más conveniente, etc., la administración buscará su concreción a cada situación en particular en función de los inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración.”*¹⁴

El “interés público” puede ser considerado un concepto funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado, en la esfera de los particulares, previendo límites de distinto grado, ya sea estableciendo prohibiciones, permisos o

¹³GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Una nota sobre el interés público como concepto jurídico indeterminado*, España, *Revista de Derecho Administrativo*, Nro. 89, ed. enero-marzo, 1996, p. 83.

¹⁴ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Artículo 8, Decreto No. 3179, R.O. 686, 18-X-2002.

modos de gestión de distinto grado. Sin embargo, esto no implica una sectorización, ya que no se refiere necesariamente a un bien público.

La teoría del concepto indeterminado y su función en el sistema jurídico, establece claramente que no se trata de dar paso a la arbitrariedad, ni de justificar situaciones abusivas, ya que sirve para determinar la discrecionalidad administrativa que sustenta y permitir el control de su ejercicio, por ejemplo el control administrativo y judicial de las consideraciones de interés público frente al abuso o la extralimitación. Por lo que se podría considerar que se establece un ámbito de actuación no ilimitado.

Conceptos tales como: “interés público”, “seguridad nacional”, “paz pública”, son indeterminados tanto por su creación como por su aplicación y no permiten una aplicación precisa e inequívoca. Incluir un concepto indeterminado en la Constitución o en la ley puede tener finalidades distintas como delimitar, limitar o controlar la acción administrativa. Por consiguiente no se puede afirmar que las decisiones sustentadas en conceptos jurídicos indeterminados tienen un carácter político o ideológico, ya que demarcan los límites de la aplicación de las normas.

Los conceptos indeterminados al aplicarse se refieren a una realidad concreta, delimitable, que establece un primer límite: las decisiones que por norma constitucional o legal, están asociadas a un concepto abierto de este tipo no pueden justificarse en intereses particulares.

La implementación de la mediación como requisito previo aplicandola Constitución y la Ley para los casos que atañen al interés público enunciados previamente, se justifica por la necesidad estatal de descongestionar la carga procesal actual, el dinamismo social que vivimos y el factor económico de constituir y definir, además de un marco jurídico de garantías individuales, constituye un medio para transformar los diferentes conflictos en el ámbito administrativo como por ejemplo en un Ministerio y por su puesto como aliciente del actual sistema judicial, especialmente conflictos de interés público como los de contratación pública.

En la actualidad, el Presidente Constitucional de la República, sustentado en la reforma judicial aprobada en la consulta popular de mayo de 2011, ha declarado el 9 septiembre de 2011, la emergencia al sistema de justicia para evitar la “*inminente conmoción interna*”.¹⁵ Ante estas medidas el tema de la presente investigación cobra fuerza y se convierte en una real alternativa para resolver el problema.

El Estado tiene el deber indelegable de implementar como política social y de Estado, las mejoras a la actual forma de administrar justicia mediante la modernización del sistema y la utilización de la mediación como requisito previo es una forma de transformar la realidad que viven los usuarios del sistema de justicia en el país, es decir, se debetrasformar la lentitud en celeridad, la corrupción en transparencia, la ineficiencia en eficiencia, todo para materializar el bien común o el buen vivir.¹⁶

El interés público es la justificación de las distintas habilitaciones constitucionales y legales, además de configurarse en el límite y garantía de los derechos individuales y colectivos. Por otro lado, el concepto no es equivalente a los conceptos de seguridad nacional o paz pública, ya que se diferencia en que éste ha sido objeto de varios estudios específicamente con relación a sus efectos jurídicos y, además se refiere al quehacer de la administración pública. La presente investigación, se ha enfocado en la contratación pública como un ámbito de interés público que podría beneficiarse de la aplicación de un sistema de mediación obligatoria.

¹⁵<http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/correa-decreta-la-emergencia-de-la-justicia-ecuador>, última fecha de consulta 24 de septiembre de 2011.

¹⁶Los calificativos usados son sustentados y obedecen a los resultados de la consultorías contratadas por ProJusticia a la Consultora ISVOS, tanto en el 2007 como en el 2010. Ver además el estudio sobre Aspectos Cualitativos de la Producción Judicial en Ecuador, elaborado por el consultor Luis Pasara de la U. de Salamanca contratado por ProJusticia en el 2010.

CAPITULO II

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO

2.1. Las partes y el mediador

¿Quién es el mediador? Es la persona imparcial que facilita el proceso de comunicación, entre quienes tienen un conflicto de intereses y ayuda a comprender las posiciones de los involucrados, no juzga ni decide por ellos.

De la capacidad para ser mediador: Según el Art. 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación hay dos tipos de mediadores, los que constan aprobados en la lista de un centro y los mediadores independientes autorizados por un Centro. Sea cualquiera el caso, éstos deben contar con la autorización de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador, las mismas que pueden variar de un centro a otro.

De la inhabilidad del mediador: El Art. 49 de la LAYM nos dice: *“quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.*

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

Esto es perfectamente lógico y como tal debería constar en uno de los numerales del Art. 216 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a los testigos no idóneos por falta de imparcialidad.

La Corte Constitucional Colombiana en **sentencia C-037 de 2003** declaró que la función del conciliador es pública, por lo que responderá disciplinariamente como servidor público. Lo que no ha sido contemplado en nuestra legislación debido probablemente a que es un tema muy delicado y de mucho cuidado, no solo por la

gravedad de las sanciones contempladas en la LOSEP sino porque puede ser causa y motivo de evaluaciones subjetivas que pudieran dar lugar a sanciones injustificadas.

2.1.1 ¿Cuál es el perfil que debe tener el mediador para resolver conflictos que involucran al sector público?

Existe un debate incesante sobre quienes deben ser los mediadores, qué requisitos deben reunir y qué entrenamiento tienen que desarrollar para ser considerados como autorizados.

La primera discusión que aparece es sobre si debe ser profesional del derecho o no. Para resolver conflictos entre particulares el mediador puede ser cualquier profesional que reúna características especiales de personalidad, empatía y que maneje ciertas técnicas de mediación; así como debe estudiar elementos socio legales básicos. Para mediar en el sector público sí debería ser abogado y debe conocer ampliamente los preceptos constitucionales y legales; capacitado de manera teórica y práctica en una Escuela de Mediadores de tal forma que demuestre habilidades de negociación y formación en una cultura de diálogo y no solo de litigio. Caso contrario podría aconsejar a su cliente para no llegar a un acuerdo e ir a juicio, por eso es importante la capacitación al profesional del derecho en los beneficios que ofrece la mediación y la difusión continua de la herramienta a la sociedad en general para forjar a un nuevo ciudadano que tenga como primera opción el diálogo.

Nuestra ley es flexible y no requiere ser abogado o profesional para tener la calidad de mediador, aunque se constituye el proceso de selección y evaluación en una responsabilidad que no puede ser ajena a los centros de mediación y que debe quedar claramente definida en los reglamentos internos, más aún cuando ciertas leyes como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor exige servicios de calidad¹⁷. El director del Centro de Mediación sí debería ser un abogado con amplia experiencia en temas de manejos de conflictos ya que ejerce un cargo de responsabilidad que más allá de las tareas administrativas que realiza, se constituye en un referente del centro y de temas de consulta propuestos por los mediadores.

¹⁷ Ver Artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Para el caso de conflictos que involucran asuntos de derecho público administrativo, se considera indispensable que el mediador sea un profesional altamente capacitado.

El mediador que conozca conflictos que involucran el sector público debe conocer a profundidad y concatenar los principios rectores del derecho sustancial y los del derecho procesal, esto como garantía de su neutralidad y el justo manejo del conflicto de intereses, por lo tanto el mediador es un defensor del patrimonio estatal. El Derecho administrativo es un derecho al servicio público, no es un derecho de poder (o poder sí, pero servicial), es de servicio, de protección, de exigencias sociales, y en el presente caso llamado a solucionar problemas a través de la mediación.

Obligaciones del mediador: de las características antes mencionadas devienen ciertas obligaciones que el mediador y en especial en el sector público debe cumplir, al respecto cabe mencionar las siguientes:

- A) Orientar la conciliación con base en las pruebas;
- B) Respetar integralmente el derecho público, las normas de orden público y las buenas costumbres; y,
- C) Velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los mínimos e intransigibles.

Ahora bien, conviene plasmar el análisis de lo dicho, que el mismo doctor Franklin García desarrolla punto por punto, el mismo que a continuación se presenta esquemáticamente.¹⁸ **¿Qué son los derechos ciertos?** Son los que han ingresado al patrimonio del sujeto de derecho, es decir son los derechos adquiridos con justo título o de acuerdo a la ley. **¿Qué son derechos indiscutibles?** A decir del doctor Franklin García, ésta es una noción consecuencial de ser ciertos, por cuanto supone que si están definitivamente en el patrimonio de alguien, es porque no admiten discusión o debate, y solo habrá controversia cuando existe duda sobre su definitividad patrimonial. **¿Qué son los derechos mínimos?** Son los derechos

¹⁸RODRÍGUEZ GARCÍA, Franklin, *La Conciliación en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Departamento de publicaciones, U. Externado, 1ª. ed., 2004, pp. 134-135.

constitucionales fundamentales, para cuyo amparo urgente acción de tutela, por ejemplo los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la integridad personal, etc.

Cabe mencionar que nuestra actual Constitución (Art.1) prevé un Estado Social de Derechos, en el que todos tienen un mismo nivel jerárquico.

¿Qué son derechos intransigibles? Los que no son patrimoniales, como el estado civil de las persona y los demás personalísimos. (RODRÍGUEZ GARCÍA, Franklin, *La Conciliación en el Derecho Administrativo*, p.135)

Por otro lado, cabe mencionar que nuestra actual Ley de Arbitraje y Mediación (LAYM) no prevé una enumeración de las Obligaciones del Mediador como sí ocurre en otras legislaciones como la colombiana, la cual para ser precisos en el Art. 8° de la Ley 640, contempla: citar a las partes; explicarles a los comparecientes sobre los alcances, objeto y límites de la conciliación; instar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo; formular propuestas de arreglo en subsidio de las partes; levantar el acta de la audiencia y registrarla en un centro de mediación; y, citar a los terceros intervinientes en el proceso de mediación.

Actualmente no existen normas claras referentes al entrenamiento o requisitos para reclutar y formar mediadores, pues la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 48 inciso 2 dispone solo dos cosas al respecto:

1) *Que todos los centros de mediación deban tener un reglamento interno donde precisamente uno de los elementos debe ser el señalamiento de los requisitos que deben reunir los mediadores, cuya autorización deberá ser otorgada por escrito por el centro de mediación; y,*

2) *Que requieran de habilitación técnica basada en los cursos académicos o pasantías, contando con aval universitario.*

Para resumir y concretar podríamos mencionar:

1. Aclarar los intereses.
2. Generar buenas opciones.
3. Alentar una buena relación de trabajo.
4. Reconocimiento de alternativas.
5. Mejorar las comunicaciones.
6. Conducir a compromisos inteligentes.¹⁹

2.1.2. LAS PARTES. Cuando analizamos las partes de un conflicto tratamos de determinar su composición, liderazgo, las unidades de decisión implicadas, el tipo de relación que mantienen, sus relaciones de poder. Debemos también identificar las actitudes que las caracterizan, entendiendo por ellas los estados psicológicos que acompañan una situación de conflicto o que surgen de ella. Principalmente debemos fijarnos en el aspecto afectivo o emocional (rabia, desconfianza, resentimiento) y en el perceptual (procesos cognoscitivos, estereotipos). No es necesario sostener, como hacen algunos autores, que la mayoría de los conflictos se generan internamente, para aceptar que las actitudes minimizan o exacerbaban el conflicto. Además, con frecuencia las actitudes pueden hacer que las partes persistan en el conflicto, incluso cuando las condiciones objetivas que le dieron origen se hayan alterado.

Para precautelar el interés público debemos acotar que además del particular y el representante del Estado, deben intervenir en una audiencia de mediación un delegado de la Procuraduría General del Estado (delegado para las audiencias en general no solo del procurador de determinada institución pública), así como un delegado de la Contraloría General del Estado, para consolidar y para concretar de mejor manera los acuerdos a los que se puedan llegar en la o las audiencias de mediación, esto último tiene su fundamento en que hay hoy en día un temor del funcionario público a mediar por la preocupación de una eventual glosa de la CGE por la forma en que ese negoció o mejor dicho por los acuerdos llegados, lo que impide

¹⁹ERTEL, Danny, Resolución Alternativa de Conflictos, *R.A.C., Proyecto de Negociación de Harvard*, Bogotá, Edit. McGraw Hill, 1996, p.36.

que en la práctica se firmen actas de mediación y que podría ser superado con la intervención y vigilancia de los mencionados delegados.

El delegado de la Contraloría debe intervenir para que de manera preventiva de seguridad económica a los acuerdos, el delegado del Procurador se encargaría de la seguridad jurídica.

¿Quiénes son los terceros? Son las personas que insoslayablemente puedan ver comprometidos sus intereses o derechos, de llegarse a un acuerdo conciliatorio, sin su presencia. Por tanto la obligación del mediador además de citar a las partes usuales, solicitantes y solicitadas, tiene que citar a los litisconsortes necesarios y a terceros.

Se debe aclarar que para la presente investigación y la propuesta de ley reformativa a la LAYM, la mediación no es obligatoria, lo es el trámite, luego tienen que intervenir todas las partes involucradas, si hay litisconsorcios o terceros, hay que hacerlos comparecer para que se cumplan los fines de la mediación extrajudicial, además de evitar futuros litigios como un futuro proceso a título de repetición o culpa grave., por eso es importante antes de empezar identificar bien a todas las partes intervinientes en un proceso de mediación. Ahora bien ¿Qué pasaría con las partes (terceros) que no asistan, se podría sancionar a las partes principales (solicitante y solicitado)? Eso no sería adecuado, ya que se entiende que las decisiones se aplican a todos y no solo a algunos, ya que al no estar toda la “parte”, mal se podría castigar al no compareciente ya que los que estuvieron presentes no estaban aptos para conciliar por sí solos.

2.2. Capacidad Legal Para Recurrir La Mediación. Es conveniente para esta sección contar con la acertada opinión del Dr. Jorge Morocho Moncayo:

Amparándonos en las disposiciones de nuestro Código Civil y de Procedimiento Civil, pueden ser partes todas las personas ya sean naturales o jurídicas y pueden serlo no solamente las plenamente capaces, sino también las absolutamente y las relativamente incapaces; pero, jamás debemos confundir los profesionales del

Derecho: la capacidad para ser parte, con la capacidad procesal que es la capacidad necesaria, tanto en la justicia ordinaria y con mayor razón en el proceso de la mediación. Así, las partes procesales, son aquellas personas que sostienen ante los Centros de Mediación o mediadores independientes una controversia susceptible de este procedimiento, acerca de sus propios derechos. Pueden actuar en el proceso de mediación las personas naturales y jurídicas exclusivamente.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, al referirse a la incapacidad procesal en el Art. 33 señala: *“No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:*

1. El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría a no ser que lo haga por medio de representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y,

2. Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal”.

Consecuentemente, es responsabilidad de los Centros de Mediación o mediadores particulares, llevar con cautela cada caso que conozcan, de lo contrario las resoluciones que emitan acarrearán los mismos efectos de una sentencia cuando ha habido incapacidad del actor, tales como la excepción de incapacidad del accionante, la nulidad de todo lo actuado, etc. Como queda dicho, la Mediación es un proceso ágil que brinda facilidades para solucionar conflictos, y por tanto sería absurdo que las partes pretendan dilatar de una u otra forma este procedimiento; reitero, es la capacidad, la responsabilidad y obligación del mediador lo que evitará estos inconvenientes.

El Art. 44 literal 2 de la LAYM sostiene: *“Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente ley, sin restricción alguna, las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas legalmente capaces para transigir”.*

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, esta facultad podrá delegarse mediante poder, como se puede destacar de esta

disposición, lo más importante para someterse a este procedimiento, es la capacidad de poder transigir señalando para esto, que la ley exige los requisitos pertinentes para los diferentes casos. Por ejemplo: para que comparezca el menor de edad, será necesario designar un tutor o curador; para que comparezca la persona jurídica se requerirá la comparecencia del representante legal; y, para que el Estado o cualquier entidad pública se presente o se sujete a este procedimiento, será necesario la presencia del Procurador o Síndico respectivamente. Sin la autorización o la intervención del Procurador o su delegado, el acta de mediación puede ser declarada nula. Se debe aplicar supletoriamente las normas del Código Civil, y Código de Procedimiento Civil entre otras.²⁰ Es por lo tanto necesario hacer referencia a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la misma que en sus artículos y literales pertinentes dispone que:

El Art. 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado con referencia al Ejercicio del Patrocinio del Estado nos dice: Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para:

*“... e) Asesorar de oficio o a petición de los organismos y entidades del sector público en demanda o defensa de los intereses de las instituciones del Estado, tanto en las acciones y procesos judiciales, **como en los procedimientos alternativos de solución de conflictos**, así como en los administrativos de impugnación o reclamos en los que haya sido notificado el Procurador General del Estado. El organismo o entidad proporcionará a la Procuraduría todos los antecedentes, su criterio jurídico y la información pertinente, para el debido asesoramiento; (el resaltado me pertenece)*

*f) **Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada***

²⁰MOROCHO MONCAYO, Jorge, *La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana*, Riobamba, Edit. EDIOCENTRO, 1ª. ed., 2004, pp.66-67.

o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.” (El resaltado me pertenece)

El artículo 6 de la PGE nos habla de la obligación de citar y notificar al Procurador General del Estado, sin ser la excepción un procedimiento alternativo de solución de conflictos, presencia que usualmente es delegada, sin embargo siempre está presente la obligación de las máximas autoridades y representantes legales para interponer y contestar los recursos legales propios de su institución. La omisión de esta solemnidad acarrea la nulidad del proceso.

El Art. 11 de la LOPGE referente al arbitraje y la mediación contempla: *Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, **previa la suscripción del respectivo convenio.** (El resaltado me pertenece)*

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse al arbitraje en derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

Análisis: Las entidades del sector público conforme el artículo precedente necesitarían suscribir un convenio de manera previa al surgimiento del conflicto para poder acudir a mediación, esto en concordancia con lo que dispone la LAYM en su artículo 46 literal a) “*Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación...*”. Al respecto cabe plantear una interrogante, el literal b) del mismo artículo 46 prevé la posibilidad de acudir a solicitud de las partes o de una de ellas. Entonces ¿qué pasaría si no hay un convenio previamente suscrito pero sin embargo una o ambas partes desean solucionar sus diferencias en mediación? Ante lo cual debemos tener en cuenta que en Derecho Público está permitido solo lo previsto, por lo que para evitar inconvenientes sería adecuado hacer una reforma al Art. 11 de la LOPGE para añadir después de “previa a la suscripción del respectivo convenio” o “a

solicitud expresa de una o ambas partes". Finalmente ante un caso concreto lo prudente es formular una consulta al Procurador General del Estado.

En el caso de los contratos sujetos a la LOSNCP, los modelos de pliegos obligatorios del INCOP incorporan la cláusula de mediación a los contratos. Por otro lado, las instituciones públicas necesitan de la capacidad de su representante legal, tal como lo dispone el artículo 44 inciso tercero de la LAYM. Es importante señalar que el Estado a través de sus instituciones puede mediar no solo porque entre sus facultades esté la mediadora, así como tiene la reguladora, sancionadora, jurisdiccional, controladora, reglamentaria, legislativa, de mando (potestades públicas), sino porque es la misma Carta Magna la que contempla la utilización de los MASC como la mediación.

Ahora bien, recordemos que ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, puede contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente, en consecuencia, los funcionarios delegados que concurran a mediar se les debe exigir que se les haya otorgado previamente la correspondiente certificación presupuestaria, caso contrario, no podrían comprometer o autorizar el compromiso ni establecer a su representada obligaciones con respecto a un conflicto. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que no todas las entidades cuentan en su PAC o POA un rubro previsto para gastos judiciales, y que por lo tanto la certificación presupuestaria solo se emite sobre lo planificado, sobre compromisos firmes, por lo que antes de mediar tienen que presupuestar ese rubro para poder acudir y consecuentemente transigir.

El artículo 12 de la LOCGE da la posibilidad a que los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica puedan transigir o desistir de un pleito para lo cual es necesaria la autorización previa del Procurador General del Estado, la que procede cuando la cuantía es indeterminada o superior a veinte mil dólares americanos.

Análisis: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la LOPGE, es preciso aclarar que para acudir a mediación no es necesaria la autorización del Procurador General del Estado, ya que esto aplica para el caso del arbitraje, sin embargo cuando se trata de un proceso de mediación en el que una de las partes sea una institución del Estado, en la parte última referente a la elaboración del Acta, ésta es revisada por funcionarios de la PGE para asegurarse que el acuerdo al que se pretende llegar no vulnere los intereses del Estado.

2.3. Acceso a la mediación¿Qué asuntos pueden ser mediados?

La mediación es recomendable por ejemplo para aquellos casos en los cuales las partes en conflicto tienen una relación que se continuará en el tiempo. Muchos casos pueden ser mediados, incluyendo los asuntos de daños y perjuicios, de familia, de mala práctica profesional, las disputas entre y con consumidores, entre socios, entre deudores y acreedores (préstamos bancarios y tarjetas de crédito). Todas las situaciones en las cuales la relación se prolongará en el tiempo y en que la privacidad de las cuestiones debatidas haga necesario mantener la reputación profesional de los implicados, son adecuadas.

2.3.1 Cuándo y cómo procede la mediación. El Art. 46 de la LAYM nos indica la procedencia de la mediación, en estos casos:

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 cualquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el

archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;

b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,

c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de mediación de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término.

Una vez transcrito el artículo de la ley, sistematizamos su contenido de la siguiente manera:

1. Previa a la interposición de una acción judicial:

Se realiza directamente por las partes o por una de ellas, ante un Centro de Mediación o ante un mediador inscrito en el registro de mediadores. Estas últimas traen consigo sus ventajas como sus desventajas, así: No hay supervisión o intervención de un centro lo que podría reducir costos y hay más confidencialidad y privacidad de la controversia.

Ahora como desventaja podría alegarse la extrema rapidez con que el mediador podría realizar su trabajo al no determinarse el tiempo en que se deba realizar como ocurre en un reglamento de un centro. Si este mediador no satisface las expectativas de las partes no se podrían pedir que se lo cambie pues no hay bases para su destitución como en un centro y por lo tanto se podría abandonar el proceso o comenzar todo de nuevo ante un centro.

2. Durante el juicio: De oficio o a petición de parte.

Vale la pena indicar, la facultad que tienen los jueces ordinarios, como sostiene el Art. 46 literal c) de la LAYM, de enviar en cualquier estado de la causa de oficio o a petición de parte, la realización de una audiencia de mediación, esto sucede en el Centro de Mediación Judicial (mediación intraprocesal) que se ha instalado, junto al edificio de las Cortes (Quito, Guayaquil y Cuenca). En concordancia, el Art. 56 de la LAYM establece que el juez ordinario puede proponer fórmulas de arreglo a las partes en las audiencias de mediación sin que por esto sea recusado, ni sujeto a queja así como tampoco esto constituye prevaricato. Vemos así, como la misma ley prevé la posibilidad de acudir a un método alternativo de solución del conflicto, ahora bien, esto se da al momento de la audiencia o junta de mediación o conciliación, no antes ni después. Junta a la que no siempre asiste el juez sino el auxiliar que lleva la causa.

En el contexto internacional, es de destacar por ejemplo que el Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas, el que puede derivar un determinado caso a mediación, así lo contempla el estatuto de Tribunal, proponiendo a las partes que recurran a mediación.²¹

3. Como Parte de un Proceso Arbitral

Así como la mediación puede ser parte de un proceso judicial en la justicia ordinaria, ésta consta también en un proceso arbitral, un ejemplo de esto es el acta de mediación que puede ser introducida en un proceso arbitral ya sea que del acta se derive la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo o si el acuerdo fuere parcial.

En caso de que una de las partes o ambas no comparezcan a la Audiencia, el Centro realizará una segunda convocatoria, y de no asistir a ésta se suscribirá un Acta de Imposibilidad de Mediación. El Art. 15 inciso 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación nos indica que: *“si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se la declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.”*

²¹ División de Mediación, Servicios del Ombudsman y de Mediación de las Naciones Unidas. Nueva York <http://www.un.org/es/ombudsman/meddivision.shtml>, última fecha de consulta julio de 2011.

Dentro del proceso de Arbitraje se prevé como obligatorio e indispensable la realización de una audiencia de mediación cuyo propósito es poner fin al conflicto con el avenimiento de las partes. (Art. 15 LAYM)

4. Después del juicio

Se realiza directamente por las partes, para lograr un compromiso real sobre el cumplimiento de los acuerdos, es decir para concretar el cómo lograrán cumplir lo dispuesto en una resolución judicial, laudo arbitral o para especificar lo acordado por ellas mismas y que se plasmó en un acta de mediación.

Es así como después de haber visto las distintas maneras de acudir a mediación, la responsabilidad de hacer de la justicia algo palpable recae en todos y ya no solo en el Estado sino que es la sociedad, que es donde reside la soberanía, la que aportará mejoras a un sistema poco eficaz y lento donde prima el litigio, es decir el nuevo ciudadano, cuya formación es responsabilidad del Estado, será el que mediante el diálogo instaure un nuevo sistema basado en la comunicación y en una cultura de paz que acerque lo ideal a lo real.

2.3.2. ¿Cuándo es útil la mediación? Es conveniente usar la mediación cuando:

- Los temas puntuales son agravados por fuertes elementos emocionales, las partes se conocen y desean mantener relaciones a futuro.
- Una de las partes se siente incómoda en confrontar a la otra a menos que haya alguien más presente.
- Las partes no pueden evitar el conflicto y una decisión debe ser tomada relativamente en poco tiempo.
- Las partes por sí solas no pueden resolver su conflicto y necesitan de otros profesionales para resolver el conflicto.
- Muchas personas están involucradas o afectadas por el conflicto.
- Una o ambas partes desean evitar procesos judiciales lentos como un juicio.

Un conflicto no es recomendable mediarlo cuando:

- Las partes aún están demasiado afectadas para llevar a cabo conversaciones útiles y constructivas, es decir a pasado poco tiempo desde su nacimiento y los ánimos están muy encendidos como para plantear soluciones o alternativas.
- Una de las partes busca utilizar el proceso para escalar o agravar la disputa.
- Una de las partes parece incapaz de escuchar o prestar atención a las instrucciones del mediador o se observa que la parte será incapaz de negociar un acuerdo.
- El problema principal entre las partes, a discreción del mediador, es “no mediable”.
- El mediador considera que para una de las partes, un proceso alternativo a la mediación sería más conveniente.
- Las partes esenciales en el conflicto se niegan a participar en el proceso de mediación.

2.4. Límites de la mediación: la transigibilidad. ¿Qué conflictos pueden resolverse a través de la mediación y cuáles no?

La mediación es efectiva para conflictos: Familiares (alimentos, tenencia de hijos, relación directa entre padres e hijos, régimen comunicacional, cuidado personal, patria potestad, guardas, entre otras); Comunitarios (barrial, ruidos molestos, animales domésticos, uso de espacios comunes, conflictos en comunidades); Escolares (institucionales, entre estudiantes, normas de convivencia); Comerciales; Empresariales; Laborales²²; Ambientales, de Contratación Pública, etc.

No son susceptibles de ser mediados: los derechos de terceros, el estado civil de las personas, la filiación, la adopción, la declaración de nulidad de matrimonio o divorcio, el maltrato a niños, los procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de

²²Aunque el Código del Trabajo contempla que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, esto no quiere decir que no se pueda transigir sobre su aplicación, ejemplo: en una liquidación por despido intempestivo, si la cantidad por este concepto es muy alta y el empleador no la puede cancelar inmediatamente, se puede mediar el pago de la misma con un cronograma de pagos. Es por eso que la mediación en el sector laboral es una de las más frecuentes y utilizadas y de ninguna manera se considera que transigir significa renuncia o vulneración de derechos constitucional y legalmente reconocidos.

rehabilitación. Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos, medidas cautelares, diligencias preliminares y prueba anticipada, juicios sucesorios, concursos preventivos y quiebras, conflictos de competencia de la justicia, etc. Es restringida en: la violencia intrafamiliar, mediación penal.

Aunque nuestra LAYM no establece expresamente qué materias están excluidas, su artículo 43 nos menciona que la mediación debe versar sobre materia transigible²³, esto en contraste con la legislación argentina, en la cual sí se especifica qué materias están excluidas. (Art. 5 ley 26.589). Ahora bien, no es susceptible de transacción lo que está fuera de la posibilidad de decisión para una persona respecto de otra, por ejemplo: derechos de terceros, así como también no es transigible lo que cause una nulidad absoluta.²⁴

2.5. Nulidades Absolutas en la mediación

El doctor Franklin García Rodríguez menciona que las causas de nulidad absoluta son las más graves, declarables de oficio por el juez o por solicitud del Ministerio Público o por las partes y que según la Ley, la jurisprudencia y la doctrina son: incapacidad absoluta, objeto ilícito, causa ilícita y formalidad incompleta.

²³“Transigir: Concluir una transacción (v.), sobre lo que no se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado; pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renunciaciones. | Encontrar de mutuo acuerdo un medio que parta la diferencia en un trato o situación.” (Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas)

²⁴ Art. 1698 del Código Civil: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Nuestra legislación también las recoge en el Código Civil como causas de nulidad absoluta de un proceso, con excepción de la formalidad incompleta, que a decir del propio doctor García, dependerá de cada negocio o contrato en específico para saber con exactitud cuáles son las formalidades exigidas y deducir ante la ausencia de éstas, en cuáles, en qué pasos o requisitos se ha generado la nulidad en el proceso.

Al respecto cabe preguntarse: ¿Cuál es el efecto de una declaratoria de nulidad absoluta o relativa? Básicamente *“La declaración de nulidad absoluta o relativa del acto o contrato no solamente paraliza la eficacia futura de estos (ex nunc), sino que destruye retroactivamente – desde luego, en cuanto sea posible- los efectos producidos (ex tunc). Por tanto, dicha declaración conduce a la extinción de las obligaciones generadas por el acto nulo.”*(GARCÍA, F, *La Conciliación en el Derecho Administrativo*, p.158). En nuestra legislación, específicamente el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado contempla la obligación de citar al Procurador, inclusive en los casos comprendidos dentro de los MASC, de no hacerlo se produce la nulidad del proceso o procedimiento.

CAPITULO III

LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA

3.1 Ventajas y desventajas de la mediación en comparación con la justicia ordinaria

Ventajas

La aplicación de la mediación y los MASC (Métodos Alternos de Solución de Conflictos) en general nos conducen hacia una democracia más consolidada, ya que ésta depende de la fortaleza de sus funciones o instituciones, en este caso la judicial, los MASC o ADR (por sus siglas en inglés) ayudan a que se vuelva a tener el concepto de una justicia despolitizada y honesta, en fin, promueven el mejor manejo de los conflictos de manera interdisciplinaria y en general permiten un ahorro económico sustancial, lo cual es sustentado en las características mismas de los MASC y en las estadísticas de los Centros de Mediación que lo respaldan (ver Anexo 1).

Además con la mediación se propicia una nueva educación o más bien una cultura legal de conciliación en la sociedad en su conjunto acerca de cómo deberíamos concebir el litigio o confrontación y las formas de evitarlo. Las partes después del conflicto pueden volver a relacionarse porque finalizaron su problema en buenos términos.²⁵

Paralelamente es importante para la prevención de la violencia apoyando procesos de formación de nuevos liderazgos que pongan énfasis en la proliferación de valores

²⁵<http://www.pge.gob.ec/es/centro-mediacion/centro-de-mediacion/beneficios-de-la-mediacion>. Ver también a VADO GRAJALES, Luis, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, p.10 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>, última fecha de consulta junio de 2011.

humanos basados en el respeto a lo diverso y en el robustecimiento de las relaciones humanas.

Para resumir se podría considerar los siguientes:

- 1.- Es un procedimiento más rápido y sencillo que un juicio.
- 2.- Se puede obtener un acuerdo favorable para ambas partes.
- 3.- Los involucrados deciden la solución de su problema.
- 4.- El servicio puede ser gratuito (dependiendo del centro), voluntario (dependiendo de las legislaciones de los países) y confidencial.
- 5.- Se evitan trámites costosos y desgastantes.
- 6.- Se evita el trato descortés con algunos amanuenses, y la penosa e inmoral costumbre de dar dádivas a jueces y funcionarios.
- 7.- La mediación, por ser un procedimiento extrajudicial, no necesita de formalidades, pudiendo las partes comparecer a la reunión con cualquier tipo de asesor, dependiendo de la materia de la divergencia.
- 8.- Fomenta la cultura del diálogo de manera general y en particular fomenta que las partes utilicen mecanismos pacíficos para solucionar sus controversias.
- 9.- Ofrece un servicio altamente profesional y técnico, evitando formalidades.
- 10.- Promueve la intervención de las partes en el manejo de sus propios conflictos, convirtiéndose éstos en los jueces de sus propios problemas.
- 11.- El acta de mediación tiene el valor de una sentencia de última instancia y existe la posibilidad de exigir su cumplimiento, en caso de ser necesario.
- 12.- Brinda un servicio profesional ya que los mediadores son expertos en temas materia del conflicto.
- 13.- Los mediadores son profesionales neutrales y objetivos.

14.- Ahorra tiempo y dinero con una solución eficaz y rápida de los conflictos.

15.- Mantiene la confidencialidad necesaria para que las partes tengan absoluta libertad de presentar las propuestas que consideren pertinentes. En el sector público la confidencialidad se puede ver limitada. Es claro que el principio no es absoluto, así lo indica la Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa.²⁶ Pero, ¿Quién establece los límites de la confidencialidad en una audiencia de mediación? Una respuesta es que *la extensión y los límites de la confidencialidad se regulan por la ley, los reglamentos institucionales o las relaciones profesionales de que se trate.*²⁷ Declaración de Demestre que es respaldada por el Consejo de Europa, que afirma que corresponde al legislador la especificación de las circunstancias o supuestos en los que la confidencialidad puede ser renunciada.²⁸

Es claro entonces, le corresponde al legislador establecer los límites de la confidencialidad ya que ésta se puede romper no solo por consentimiento de las partes o para evitar el cometimiento de un delito o por cuestiones estadísticas o académicas sino que también se incluye las razones de orden público, las audiencias de mediación en el sector público no son la excepción, así lo determina el Consejo

²⁶En el *Explanatory Memorandum*, punto número 42, se señala que, al inicio de la mediación, las partes deben ser informadas de que la confidencialidad no puede ser absoluta. También lo considera de este modo, en la doctrina, SERRANO ROMERO, José Francisco: La mediación en Cataluña, cit., p. 386. En <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita junio de 2011, última fecha de visita julio de 2011.

²⁷Universitat Oberta de Catalunya, Revista de internet, Derecho y Política, 2011, p.7, en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita junio de 2011, última fecha de visita julio de 2011.

²⁸Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa, sobre mediación, concretamente, el punto número 42 del *Explanatory Memorandum* de dicha recomendación, en: <http://www.mediacionenfamilia.com/download/RecomendacionConsejoEuropa.pdf>, última fecha de visita julio de 2011.

Europeo en materia de Mediación.²⁹

Otra excepción a este principio la encontraríamos en la Ley 15/2009 de Mediación en el Ámbito del Derecho de Cataluña (artículo 7.4, apartado c.), cuando la información se obtiene en el ámbito comunitario, si se utiliza el procedimiento del diálogo público, como forma de intervención mediadora abierta a la participación ciudadana.³⁰ Finalmente, hay excepción cuando las partes ejecutan ese acuerdo contenido en el acta.³¹

En el sector público la confidencialidad puede ser relativa, a diferencia del sector privado en que puede ser absoluta. Es más, si el asunto lo analizamos desde el punto de vista de la obligación de las instituciones públicas de dar información a los

²⁹ Artículo 7.1 a) de la Directiva 2008/52/CE, en <http://www.inter-nos.org/PDF/recomendaciones.htm>, última fecha de consulta julio de 2011.

³⁰ La Ley de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña prevé, entre otros muchos supuestos, la mediación en procesos de participación ciudadana. En este marco, la información revelada no tendrá el carácter de confidencial pues recisamente este proceso se lleva a cabo para implantar mejoras. Ver Universitat Oberta de Catalunya, Revista de internet, Derecho y Política, 2011, p.7, en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita julio de 2011.

³¹ Artículo 8 b. Ley de Mediación País Vasco. Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo, la confidencialidad quedará excepcionada. En este sentido, artículo 7.1. b) de la Directiva 2008/52/CE, ver Universitat Oberta de Catalunya, Revista de internet, Derecho y Política, 2011, p.8, en <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-viola/n11-viola>, última fecha de visita julio de 2011.

³² Art. 18 Const.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: **1.** Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. **2.** Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

particulares sobre sus actuaciones, es decir, en el marco de la Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública, más bien sería una excepción la confidencialidad de esos documentos, como las actas por ejemplo, siendo la misma Constitución de la República la que garantiza el acceso de los ciudadanos a los documentos de una entidad estatal o privada que maneje fondos públicos.³²

16.- Adicionalmente se obtienen ventajas emocionales para las partes en conflicto, al modificar su actitud frente a él mismo, amén de las repercusiones de convivencia por el carácter pacificador que este método representa.

Desventajas:

1.- Hay cierta desconfianza todavía en comparación a la justicia ordinaria por lo que es un mecanismo de solución de conflicto relativamente nuevo y la gente teme a lo desconocido.

2.- Se cree que el costo es superior para las personas de escasos recursos económicos, o por la naturaleza del conflicto. Sin embargo hay Centros de Mediación gratuitos y los costos de un Centro particular siempre van a ser más bajos en comparación a un juicio, no solo por el factor económico sino también por el tiempo y el desgaste emocional.

3.- No hay suficientes Centros de Mediación en el país, especialmente en la Amazonía.³³

4.- No hay una cultura alternativa de solución de conflictos entre las personas de nuestro país, en parte por ser nuevo, porque no hay una difusión ni capacitación y el poco apoyo estatal para financiar el crecimiento de los existentes y para crear nuevos.

3.2. Ventajas y desventajas de la mediación como requisito obligatorio en comparación a la mediación voluntaria.

³³ Ver Censo Nacional a Centros de Mediación, ProJusticia, primera edición, 2010, p. 11.

En atención al Report N° 1 of the Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) podemos apreciar las siguientes:

Ventajas:

- *A través de la mediación obligatoria se accede a un volumen mayor de casos que por la vía de la voluntaria, lo que permitiría una reducción de costos de los programas y servicios de mediación (economías de escala) y una mejor asignación de los recursos del sistema de administración de justicia tornando más eficiente su gestión.*
- *A largo plazo habría un aumento en la utilización voluntaria de este mecanismo, dado que las partes podrán conocer y vivenciar un proceso de resolución de conflictos que, probablemente, de otro modo no hubieran intentado.*
- *Rompe con una larga lista de barreras psicológicas de las partes.*
- *Evita limitantes como la sospecha de la otra parte al suponer que se trata de una estratagema para alargar el proceso u obtener información confidencial o estratégica.*
- *Elimina otras barreras como la ignorancia y la desinformación, la inercia (es mejor hacer las cosas como siempre se han hecho), el temor a lo desconocido y el temor a perder el control.*
- *Hay una mayor celeridad y continuidad en el proceso de acuerdo que en la voluntaria. (ver anexo 1 Estadísticas Argentina en comparación con estadísticas del Centro de Mediación de la PGE)*
- *A largo plazo las partes por su buena experiencia no solo que volverán a utilizar la mediación sino que la recomendarán a otras fomentando su uso y consecuentemente se disminuye la carga judicial de procesos.*

- *Se evita la falta de concurrencia a las audiencias de ambas o una de las partes, originadas por el temor, ignorancia, inercia, o los consejos de abogados que artificiosamente gustan de alargar los procesos y que buscan un rédito económico mayor en un juicio.*
- *El Estado solucionaría una mayor cantidad de conflictos en un menor tiempo y con costos menores a los que implica un proceso en vía administrativa y judicial.*

Desventajas:

- *Podría ser interpretado como "arriesgarse a forzar a las partes a participar en un proceso que por una razón u otra, puede ser inapropiado".*
- *Puede provocar la generación y mantención de programas de mediación de baja calidad y poner obstáculos a las partes en la búsqueda de solución de sus conflictos.*
- *Si no es bien encaminada puede ser apreciada como un procedimiento más.*

En función de este análisis, el Comité de Políticas Públicas de la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) de EE.UU. considera que la participación obligatoria en programas de mediación puede resultar apropiada, "pero sólo cuando el mandato tenga mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, del sistema judicial y del público, que la comparecencia voluntaria"³⁴

Es procedente destacar dos aspectos que son fundamentales para asegurar el correcto uso de la mediación y otros MASC. Uno de ellos es disipar el miedo de que la propagación de la mediación constituya una justicia de "segunda categoría" en comparación a la justicia convencional, ya que este temor carece de fundamentos ya

³⁴Report Nº 1 of the Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), *Mandated participation and settlement coercion: dispute resolution as it relates to the courts*, en Nolan-Halley, J., *Alternative Dispute Resolution*, West Publishing Company, Minnesota, 1991, pp. 223-226.

que además de ser un método constitucional y legalmente reconocido, los mediadores derivan o tienen su poder del consentimiento de las partes para la resolución del conflicto y consecuentemente el resultado, es decir, el acta, tiene un alto grado o índice de cumplimiento y por supuesto, tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que pone definitivamente fin al conflicto.

En lo que se refiere a la calidad de la justicia impartida, no hay sustento o razones para suponer de manera automática que los jueces designados por el Estado se encuentren más capacitados que el mediador designado (muchas veces especializado) por las partes para ayudarlas a superar sus discrepancias y por ende terminar el conflicto.

3.3. El interés público en promover la mediación

Son varias las razones para incorporar a este método pacífico de solución de divergencias, tal el caso de la mediación a las soluciones en procesos de diferente índole pública, como son por ejemplo los conflictos derivados de la contratación pública en la ejecución del objeto contractual, sea en la interpretación de las normas o en los procedimientos específicos, sin embargo actualmente no se ha impulsado este método ya que no hay voluntad política para posicionarlo realmente como primera opción, es decir no se ha considerado el diálogo primero, sino la tradicional vía jurisdiccional como el juicio, a pesar de la posibilidad que otorga el Art. 190 de la Constitución.

Por otro lado, es sin duda una ayuda muy considerable para solucionar conflictos tanto en la parte administrativa como en la judicial propiamente dicha y que se ventilan en los departamentos o direcciones de Patrocinio Judicial de los Ministerios o en los juzgados.

La excesiva carga procesal que se tiene actualmente³⁵ y los pocos recursos para contratar personal que permitan dar un trámite oportuno y eficiente a los

³⁵ Ver Levantamiento de la Información Judicial a Nivel Nacional, Estudio de la Consultora ISVOS contratada por ProJusticia, año 2007, p.20.

expedientes a ellos asignados hacen difícil y tediosa la tarea de administrar y terminar el trámite en el tiempo legal previsto. Esto trae como resultado una consecuencia para nada imprevista, la pérdida de los casos por parte del Estado en procesos administrativos y especialmente judiciales, sin mencionar la percepción que tienen los usuarios (administrados) de la poca eficiencia de los servidores públicos en los Ministerios, del personal que se desempeña en los juzgados y por tanto del sistema de administración de justicia en su conjunto.

En tiempos pasados se sostenía que no se podía mediar porque no había disponibilidad de recursos públicos, situación que fue rebatida y superada mediante las leyes de presupuesto, que incluyeron un rubro especial para pagar el contenido de las sentencias y las mediaciones, las mismas que de superar lo presupuestado hay la posibilidad de proceder a las adicionales o traslados presupuestales internos de cada entidad con autorización del Ministro de Finanzas.

El interés público implica un análisis social como propone Ronald Coase, en su estudio sobre el “problema del coste social”, citado en la Revista Justicia y Sociedad, de las formas alternativas de solución de conflictos. Dicho estudio consta de un ámbito externo y otro interno, de modo que nos ayuda a entender la importancia de implementar los MASC y especialmente la mediación, así:

El Ámbito Externo que trata de investigar sobre la situación que les corresponde a los sistemas alternativos en una política de justicia definida, tomando como base criterios de bienestar social, es decir, el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan. Y el **Ámbito Interno** que trata de hacer resaltar esos mecanismos como forma interpersonal adecuada al tratamiento del conflicto. Así por ejemplo, se puede destacar la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional implícito en todo conflicto, o el menor grado de agresividad que suponen.

La teoría de la elección sugiere que una elección es racional cuando es derivable de un ordenamiento. La racionalidad social equivaldría, a un sistema social cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes de las prioridades. Ahora bien, dos

problemas quedan planteados a partir de este concepto de racionalidad social y los dos se encuentran en el centro del diseño de políticas públicas, a saber, cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales y, luego, el problema de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias.

El problema de cómo puedo adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales intenta ser resuelto en la economía del bienestar por el conocido criterio del óptimo de Pareto, según el cual, una situación social cualquiera es óptima cuando es el caso que no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación del otro. El óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones cualesquiera se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro este peor (la razón de todo ello es que al darse a todas las preferencias individuales un peso equivalente, debe favorecerse, en la adopción de decisiones, la unanimidad). Desde este punto de vista, un sistema de administración de justicia es eficiente cuando no se puede mejorar el nivel de tutela que proporciona sin desproteger a alguien. No es óptimo, en cambio, es decir, es ineficiente, cuando admite disminuciones de costos sin alterar el nivel de tutela disponible, es decir, cuando se puede aumentar el nivel de tutela, a menor costo y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido.

Con todo, lo que enseña ese principio de eficiencia, es que, supuesto que la utilidad social es valiosa, algún óptimo de Pareto es indispensable para alcanzar eficientemente cualquier óptimo social, o sea, que no hay óptimo social posible sin que se alcance un óptimo de Pareto.

Es por tanto de insistir que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, es necesario tender a

diseñar y alentar una protección accesible, plural, heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos.

Las razones en favor de la definición de política antedicha pueden ser muchas pero podemos destacar:

-La utilidad marginal que se obtiene de la creación de más tribunales es decreciente, es decir, dadas las actuales rutinas de gestión, la creación de cada nuevo tribunal resulta, desde el punto de vista de su costo alternativo, más cara. Por otro lado, esto acentuaría el aumento en la litigiosidad que suele provocar la creación de tribunales. La razón de ello es que la demanda por justicia es elástica, de manera que la creación de más tribunales provoca en el corto plazo nueva dilación. Como es sabido, la demora como un precio de mercado que regula la tendencia a litigar. Al disminuir el tiempo de espera –es decir, al bajar los precios- se estimula inevitablemente la congestión.

- La experiencia muestra que en las sociedades en curso de modernización las pautas de movilidad social se alteran, la subjetividad se exagera y las soluciones de mercados se generalizan, surgiendo entonces un tipo de contienda y de conflicto- como la familiar o el contencioso de masas o la criminalidad- que requieren soluciones cooperativas y para el cual la solución adversarial provista por la judicatura resulta inadecuada y genera nuevos conflictos.

Hay pues, no solo razones de orden económico para alentar el surgimiento de formas alternativas y la estructuración de un sistema plural y heterogéneo de solución de conflictos. La naturaleza del contencioso y la jurisdicción progresiva de todos los aspectos de la vida obligan a ello.

- A más de lo expuesto, existen razones de orden de justicia distributiva. La justicia no constituye, desde el punto de vista económico, un bien público, sino un bien privado como lo afirma Due, John y Friedla, en su *“Análisis Económico de los impuestos y del sector público”*, ya que se trate de un bien que, al ser consumido o utilizado, importa necesariamente exclusiones de otros sujetos que, por ese hecho, no pueden

consumirlo o utilizarlo. Es decir, el uso del sistema de administración de justicia posee externalidades negativas (la exclusión) que se traducen en que los más pobres (los excluidos) subsidian a quienes logran acceder al sistema.³⁶

Es interesante este análisis que pone de manifiesto desde varios ángulos, social, económico, que la solución para la carga procesal, su demora y su cuestionada eficiencia, no tiene como respuesta crear más juzgados o tribunales, sino más bien dar una apertura a otras posibilidades para el acceso a la justicia, como son los métodos alternativos de solución de conflictos, entre ellos la mediación. Con lo dicho, no quiere decirse que la responsabilidad por la cobertura de los servicios de justicia deban pasar a los particulares sino que a pesar de que el Estado tiene entre sus funciones la Judicial, esto no implica que no se puedan aplicar los MASC y en especial la mediación con la ayuda de los Centros de Mediación a nivel nacional, sean estos gratuitos o privados, toda vez que son reconocidos constitucional y legalmente.

La solución por lo tanto, hoy en día, en que se presenta resolver conflictos en la forma tradicional, ganador-perdedor, no responde a la dinámica cultural y jurídica que requiere nuestro actual sistema de administración de justicia, es así como el procedimiento adversarial previsto resulta para un número relevante de conflictos, inadecuado, provoca insatisfacción y genera nuevos conflictos.

Cuando un juez o tribunal resuelve, se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría alcanzar con una solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil, cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó. Por lo tanto y para concluir, la mediación es sin duda una alternativa viable y de interés público para el mejoramiento de la administración de conflictos y más aún si se la incorpora como requisito previo.

³⁶COASE, Ronald, Revista Justicia y Sociedad, *Hacia un mejor servicio público de justicia*, División de Desarrollo de la Gestión y Gobernabilidad, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, España, publicación semestral, N°2, abril de 1999, p.30.

Puede haber muchas argumentaciones que sustenten el uso de la mediación como método pacífico de solución de conflictos, pero sin duda es importante sacar a relucir la formación del abogado para su aplicación, es decir, a corto y largo plazo se debe alimentar la vocación, orientación y entrenamiento en negociaciones, ya sean asistidas o no, relativas a causas que comprometen el interés público.

Otro punto por lo que se debe tender a la utilización de la mediación para bien del interés público es que podría seguramente descongestionar y responder a los casos de poca envergadura patrimonial y que día a día abarrotan los juzgados o que por su costo (juicio) nunca llegan a terminar (abandono) o nunca llegan a ser dirimidos por la justicia. La falta de respuesta a estos casos es una causa de justificable resentimiento y percepción ciudadana negativa hacia el sistema de justicia³⁷ y consecuentemente contribuye a deslegitimar al Estado. Por eso es imperante la necesidad de darle un cambio positivo al actual sistema e incorporar a la mediación como requisito previo para estos casos y otros que ya han demostrado perfectamente mediables como es el caso de la niñez y adolescencia.

3.4 La mediación como política pública

La política pública para implementar a la mediación como instrumento de solución de conflictos es el resultado de una planificación estatal y una gestión gubernamental que ha ido madurando con el tiempo y se materializa actualmente en las disposiciones constitucionales y legales, más concretamente en el artículo 190 de la Constitución de la República y la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.

La mediación es en verdad un sistema de solución de conflictos, que tiene una mayor razón de existir hoy, toda vez que ya se ha venido superando la idea de la superioridad del Estado sobre los administrados, es decir la creencia de que el Estado solo actuaba como príncipe (potestad estatal), pero partiendo por ejemplo de la responsabilidad estatal y entendiéndose siempre que éste responde por el daño independientemente de quien lo cause, esta idea ha ido evolucionando. Siendo que,

³⁷ Ver Estudio de la Consultora ISVOS, Levantamiento de la Información Judicial a Nivel Nacional contratada por ProJusticia, 2007, p.32.

el reconocimiento constitucional es un gran paso que permite a los Centros de Mediación resolver problemas entre particulares que por excelencia o facultad puede aprovecharse el aparato estatal y que también puede darse entre particulares y el Estado.

Administrar justicia, a través de la mediación es un tema que aunque nuevo relativamente en el derecho y en el derecho administrativo, cobra fuerza cada día, teniendo desde el principio su razón de ser desde su propia definición, ya que administrar viene del latín, *minister*, que significa servidor, servidor al público, es decir a los administrados, y que mejor forma de hacerlo desde el propio Estado con el diálogo antes que en con un juicio. Debemos pensar en que la modernización del sistema de justicia responde a una política de Estado y no de gobierno, es decir es trascendental su sostenibilidad en el tiempo.

Tomemos en cuenta que la planificación de un país debe ir de la mano de una política pública, que materialice los derechos y obligaciones del mejor texto que puede haber de planificación para un Estado, su Constitución. En este sentido, es insuficiente un reconocimiento inconstitucional si no hay una política pública que la impulse al grado de su utilización.

Frank Moderne, afirma: *“la administración no es un mero aparato mecánico de ejecución de la ley, es, sobre todo, un poder, un poder que tiene encomendada la gestión de los intereses comunes de los ciudadanos”*.³⁸

Es importante señalar la creciente demanda de usuarios que acuden a centros de mediación, consecuentemente el número de centros se ha incrementado considerablemente desde la vigencia de la LAYM, el 4 de septiembre de 1997, tanto los gratuitos como los que contemplan un costo administrativo.³⁹ Con respecto a lo expresado cabe destacar que cada vez es más importante el aporte del Estado en difundir la labor de los Centros de Mediación a nivel nacional, así como la creación y

³⁸MODERNE, Frank, *Apuntes de derecho administrativo comparado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, 1ª. ed., p.11.

³⁹ Ver Censo Nacional a Centros de Mediación en Ecuador, ProJusticia, 2010, p. 11.

fortalecimiento de los mismos en instituciones del sector público. (Ver cuadro consolidado de Centros de Mediación en Anexos 1 y revisar Censo a los Centros de Mediación realizado por ProJusticia, p.11).

Desde una perspectiva de políticas públicas, entonces, parece viable y aconsejable tomar medidas para afianzar la mediación en el sector público anexa a tribunales y Cortes, en cualquiera de sus modalidades, y una vez que se haya instalado culturalmente comenzar a delinear cursos de acción destinados a promover e incentivar la mediación voluntaria fuera del contexto judicial, esto toda vez que promovería el descongestionamiento de la administración de justicia y que según el Censo Nacional de Centros de Mediación en Ecuador, contratado por ProJusticia, éstos son insuficientes en comparación con el número de habitantes por provincia.⁴⁰

La mediación puede apreciarse en la política pública del país a través de varias maneras, por ejemplo, el Instituto Nacional de Compras Públicas tiene incorporado en sus modelos de contratos dentro de los pliegos de contratación, la cláusula de solución de conflictos que contempla el uso de la mediación como una alternativa viable para solucionar los posibles conflictos derivados de la ejecución de los contratos.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Capítulo II, Art. 160 referente a la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias, contempla: “Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”

La propia LOSNCP prevé e insta a las partes a solucionar de manera rápida los conflictos entre contratante y contratista y contempla para ello el empleo de la conciliación que la entenderemos como mediación, esto sin perjuicio de los demás métodos de solución de conflictos.

⁴⁰ Ver Censo Nacional a Centros de Mediación en Ecuador, ProJusticia, 2010, p.15.

La política estatal debe ir encaminada a promover la democracia y esto se logra a través del fortalecimiento de sus instituciones. La seguridad jurídica es un pilar fundamental para lograrlo, de ello depende no solo el cambio de la percepción que hoy goza la justicia en nuestro país sino que esto constituye una base para crear confianza de muchos sectores sociales y económicos sin mencionar los inversionistas de toda índole que desean invertir sus capitales. Como podemos ver la seguridad jurídica como política pública es vital y trasciende a otros ámbitos de nuestro país. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) y en especial la mediación son una vía para lograrlo pero no basta con reconocerlos sino hay que darles un empuje desde el propio Estado para su difusión e implementación.

3.5.La aplicación de la mediación en los contratos administrativos

Dentro de la aplicación de la mediación como mecanismo de solución de controversias en el sector público, especialmente en la contratación pública, es importante tener la opinión del **Dr.Genaro Eguiguren**, quien al respecto menciona lo siguiente: En los contratos administrativos tanto en la mediación como en el arbitraje son perfectamente válidos como mecanismos para la solución de controversias, pues los mismos son perfectamente efectivos, y reconocidos por nuestra legislación sin que esto signifique que su aplicación perjudique de alguna manera las potestades que el Estado tiene en la relación contractual.

Resulta un poco sorprendente que en la actualidad todavía existan criterios en contra de la aplicación de la mediación como mecanismo de solución de controversias por cuanto consideran que al Estado, teniendo la posibilidad de rescindir un contrato y con los efectos jurídicos que esto provoca, no sería dable aplicarla. Sin embargo, considerando al contrato administrativo como un negocio para el particular, el Estado tiene que asegurar la igualdad y el equilibrio económico financiero de este, tanto más que dentro de la relación contractual al contratista debe tenerse como un colaborador y no como un subordinado al cual se debe imponer en un momento dado situaciones que afecten a su economía y, por tanto, lo tedioso y dificultoso que

significa utilizar como mecanismo único para la solución de conflictos la vía judicial o los jueces de derecho.⁴¹

3.6. Mediación en el Sector Público ¿Quiénes pueden ser parte de una Mediación?

Personas naturales o jurídicas del sector público o privado, pueden someter sus conflictos a la mediación. La única limitación es que se trate de asuntos transigibles.

Para que una institución del sector público pueda someterse a una mediación será necesario que el máximo personero de dicha institución, capaz para contratar, autorice la mediación, de igual forma, el acta deberá ser firmada por esta autoridad. Esta facultad puede ser delegada.

Antes de pasar a analizar la legislación nacional es conveniente diferenciar y aclarar sus características en el sector público frente a las demás áreas.

A diferencia de lo que ocurre en el sector privado, la mediación en el público se rige estrictamente en derecho, pasando a ser el acuerdo (acta) revisada y autorizada por la autoridad competente, es decir un delegado del Procurador General del Estado, esto para salvaguardar la seguridad jurídica y para que no resulte lesivo al patrimonio público. Este último concepto puede deducirse de las pruebas, ya que todo debe estar debidamente soportado, o sea que los valores han de ser reales, y en esto también radica la diferencia con las mediaciones de las demás áreas, en las cuales no se requiere de soportes, pues basta la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a su decisión de disposición. Las pruebas son así requisito sine quo non para la práctica y aprobación de la mediación. Se requeriría probar aunque sea sumariamente, los hechos base de las pretensiones, por lo tanto no le es viable a un mediador en el sector público salirse de las pruebas para dirigir el trámite de mediación, lo que implica que siempre evalúe el riesgo fiscal, disciplinario, penal y civil. Dada así la explicación es consecuente que haya la correspondiente prudencia y alta precisión, y aunque esto puede traer una demora no significativa en comparación

⁴¹EGUIGUREN, Genaro, (2001), *Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos*, Quito, Corporación Editora Nacional, UASB, Volumen 15, Serie Estatutos Jurídicos, p. 123.

a un proceso contencioso administrativo este filtro de revisión evita responsabilidades de toda índole que se podrían fijar a futuro, lo cual no es óbice para que con los cuidados necesarios no se sacrifique la figura conciliatoria en el derecho administrativo que tanto beneficio puede aportar a la justicia por la óptica de los MASC.

Dentro de la legislación comparada está el ejemplo de la Ley 678 del 2001 de Colombia (vigente actualmente), en la cual se prevé la creación de los comités de conciliación en la mayoría de las entidades estatales, los cuales recomiendan conciliar o no en las materias de que se trate, sin embargo la responsabilidad del mediador no desaparecía, más bien hay una responsabilidad solidaria entre todos los intervinientes en el trámite, siempre que actúen con dolo o culpa grave, la cual en muchos eventos se presume.

Pedro Alfonso Hernández, en su libro *“Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia”*, manifiesta que: *“En las entidades que por su naturaleza o patrimonio no deban constituir comités de conciliación, la posibilidad de autorizar o no una conciliación recae en su jefe, así haya ejercido la figura de la delegación administrativa, con las mismas vicisitudes en cuanto a la responsabilidad.*

*En la actualidad se impone una reforma a las funciones de los comités de conciliación, ya que en la mayoría de los casos limitan la movilidad del conciliador y la conciliación misma, por cuanto se llega a la audiencia con fórmulas matemáticas prácticamente inamovibles, que lleva entonces a hacer una gimnasia jurídica y a suspender indefinidamente el trámite para dar paso a revisiones de las fórmulas previamente autorizadas por las autoridades competentes de la entidades estatales intervinientes”.*⁴²

Por lo anteriormente analizado por el Dr. Pedro Hernández, podemos concluir que aunque interesante la figura de los comités de conciliación, éstos se configuraron en una especie de filtro de legalidad de lo mediable por el conciliador, que pertenecía a

⁴²HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso, *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*, Medellín, Edit. Legis. Corporación Derecho Territorial, 3ra. ed., Librería Jurídica Sánchez, 2002, p.183.

la misma Administración, es decir al Estado, por lo que se pone además en seria duda la imparcialidad y neutralidad del mediador, más allá del poco espacio proporcionado para utilizar la herramienta lo que configura una clase de imposición envuelta en un velo de cálculos matemáticos autorizados y que de ninguna manera llegan al objetivo de tener una mejor y más ágil administración de justicia en sede administrativa.

En nuestro país, para el caso antes analizado se debería poder contar en la audiencia de mediación con un delegado de la procuraduría y a un delegado de la Contraloría, de tal suerte que la Contraloría debe intervenir para que de manera preventiva de seguridad económica a los acuerdos, el Procurador se encargaría de la seguridad jurídica.

Hoy en día la tendencia desde una política estatal es la aplicación de los MASC, especialmente la mediación, siendo un ejemplo el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, y su Reglamento, así lo establece su artículo 27.⁴³

La mediación en el sector público es sin duda una herramienta que posibilitaría al Estado ahorrarse mucho tiempo y dinero en juicios que muchas veces se los puede evitar, superando la antigua creencia o concepción de que el Estado debe hacer valer todos sus recursos y poder para exigir al administrado, contratista, etc, que cumpla sin vislumbrar los ingentes recursos que utiliza para ello, sin embargo la responsabilidad no deja de estar en el Estado mismo, por eso es imperante la utilización de esta herramienta constitucional y legalmente reconocida, bajo los lineamientos y consideraciones hechas en la propuesta de reforma a la actual Codificación de la LAYM. (Ver Anexo 3)

3.7.La mediación como cláusula de solución de controversias en la ejecución de los contratos públicos.

⁴³ **Art. 27.- Resolución de conflictos.-** “... Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes **deberá existir una instancia obligatoria de mediación** dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas ...” (el resaltado me pertenece)

En la contratación pública en el Ecuador se puede apreciar que el Instituto Nacional de Compras Públicas, INCOP, ha incorporado para la elaboración de los pliegos de contratación en las distintas modalidades, modelos de contratos, a los cuales se incorporan las cláusulas necesarias y que pueden ser precisadas según la necesidad institucional y la naturaleza del proceso, habiendo la posibilidad de agregar pormenores pero nunca eliminarlas, ejemplo:

“Cláusula Décima Octava.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

18.01.-*Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, **podrán** utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje (poner nombre del Centro). (el sombreado me pertenece)*

Para que proceda el arbitraje, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

18.02.- *En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:*

18.02.01.- Mediación.- *Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de.... en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este mecanismo de solución de controversias, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas: (...)*

18.03.- *Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este*

caso, recurrirán ante la justicia ordinaria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE). ...”⁴⁴

Al respecto cabe mencionar que las instituciones públicas suelen acordar acudir al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado de la jurisdicción correspondiente. Es oportuno aclarar que si bien es cierto estos modelos son de uso obligatorio y consecuentemente esto abarca también el modelo de contrato y sus cláusulas, éstas pueden ser redactadas de una manera diferente sin que esto afecte en forma alguna el contrato. Más claro, se puede añadir aspectos necesarios dependiendo del tipo de contratación pero sin prescindir de las cláusulas incorporadas en el modelo a no ser que no sea pertinente, por ejemplo si el contrato por el monto no amerita la póliza de fiel cumplimiento es innecesario incorporarla o pedirla.

Adicionalmente hay que aclarar que la propia cláusula en su párrafo primero dispone con carácter potestativo que las partes acudan a solucionar un conflicto por mediación, cuando utiliza la palabra “podrán”; situación que sería diferente si se hiciera una reforma y se cambia dicho término por “deberán”, reforzándose así como primera opción el diálogo de manera ineludible, y no como una posibilidad, que por la realidad litigiosa de nuestro país es cada vez más remota.

3.8. La confidencialidad de la mediación en relación con el sector privado

Uno de los pilares y principios fundamentales de la mediación es la confidencialidad, la misma que rige tanto para casos que involucran el sector público como el privado, sin embargo este principio fundamental puede ser sujeto a renuncia por mutuo acuerdo de las partes. Las preguntas que nacen al respecto son: si una vez las partes renuncian a la confidencialidad de manera expresa, ¿cabe o se puede utilizar la información dentro de un proceso ordinario en caso de imposibilidad de acuerdo o acuerdo parcial? ¿Hasta dónde llega la obligación del mediador de guardar confidencialidad en casos que envuelven el interés público?

⁴⁴ Modelo de cláusula de solución de conflictos dentro del modelo de pliegos de subasta inversa electrónica, en la página: www.compraspublicas.gob.ec, consultada por última vez 11 de mayo de 2011.

En respuesta a la primera, se debería aclarar qué aspectos comprenden esa renuncia para delimitar el campo de acción que las partes puedan tomar en el evento que falle la mediación y tengan que recurrir a juicio.

Con respecto a la segunda, el mediador está en la obligación de romper con la confidencialidad, sin autorización de parte alguna para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose. El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo.

El mediador por lo tanto tendrá la obligación de comunicarlo a las respectivas autoridades del Centro, a la policía, al Ministerio Público para que inicien las investigaciones correspondientes.

Si bien es cierto que las personas pueden acudir a un centro de mediación privado pagando costos o tarifas administrativas, el proceso en sí termina siendo de carácter público ya que la conclusión a la que lleguen o no las partes o si esta fuere parcial, se plasma en un acta que al tener el carácter y fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada logra un carácter público porque se materializa en un documento público.

Ahora bien es una práctica común de los programas de mediación, como sucede en Argentina, la de informar al organismo de derivación sobre los datos básicos (estadísticas), como si un individuo se mostraba de acuerdo en mediar y si se alcanzó un acuerdo. Esto no debe interpretarse como que se ha violentado el principio de confidencialidad ya que no comprende detalles, notas de las partes o del mediador o grabaciones parte de las audiencias.

Arlin R. Thrush, nos comenta: hay seis causas principales que explican el crecimiento de los MASC o ADR's en Estados Unidos, entre ellos: la demora crónica del sistema de justicia; el alza de los costos que implica litigar; las cortes no están equipadas para resolver todo tipo de conflictos; los programas de mediación han probados ser exitosos especialmente en conflictos de familia, vecindario, iglesia y de la comunidad; los programas alternativos resuelven todo el conflicto mientras que en el litigio se

resuelve solo una parte; y, finalmente pero quizá el más importante es la confidencialidad garantizada lo que atrae a las partes.⁴⁵

Que las partes en un conflicto han utilizado principalmente 3 métodos para proteger la información de su divulgación pública, estos son: (1) las órdenes de protección para materiales de descubrimiento de la prisión bajo la Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, (2) órdenes judiciales de sellado que se aplican a todo el registro de un caso, y (3) acuerdos confidenciales que las partes negocien, a menudo con una mínima participación por el tribunal.⁴⁶

La reducción de los costos de transacción asociados a resolver una controversia, en lugar de litigar un conflicto es otra razón por la que los abogados podrán acordar un manto de secreto.

La confidencialidad no siempre debe ser observada, en especial cuando se trata de precautelar la salud pública, y textualmente nos comenta que: "Los acuerdos de confidencialidad, que entran en vigor en cumplimiento de una orden judicial o voluntariamente, han impedido hacer cumplir la ley y las agencias reguladoras, así como el público en general, a partir de la adquisición de información crítica. En Nueva York, el Fiscal General Robert Abrams declaró, *"los asentamientos sellados hacen que sea muy difícil para los funcionarios del gobierno determinar los vínculos entre la exposición ambiental a productos químicos tóxicos y efectos en la salud.... Es importante que, en el futuro, cuando los jueces pidan la aprobación de acuerdos secretos, que no se cierre los registros y datos que puedan tener un impacto en la salud y el bienestar públicos.*

Esta limitación por razones de orden público también los comparten los asuntos de seguridad nacional, sin dejar de ser las mediaciones en el sector público sobre estos temas la excepción. En estos casos la decisión o discreción de romper la

⁴⁵THRUSH, Arlin R., *PUBLIC HEALTH AND SAFETY HAZARDS VERSUS CONFIDENTIALITY: EXPANDING THE MEDIATION DOOR OF THE MULTI-DOOR COURTHOUSE*, *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri, 1994, p.235.

⁴⁶Ibid, p. 6.

confidencialidad depende del mediador. Estos limitantes podrían ser identificados también por un representante de un órgano contralor del Estado o de un representante de los ciudadanos cuyos derechos estén posiblemente en vía de vulneración.”⁴⁷

Ahora bien, debemos aclarar que la información sobre un documento de carácter público tiene confidencialidad limitada o restringida, salvo los casos en que se declara documentos generalmente accesibles como confidenciales, en cuyo caso serán inaccesibles por un lapso de 15 años⁴⁸. En este sentido es clara la disposición de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, enumerando en su artículo 7 toda la información que están obligadas a publicar las entidades públicas en su página web, incluyendo la contratación pública, así: Art. 7 LOTAIP: *“i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones;*

En aplicación de la disposición anterior, se entendería que incluso el acta de mediación debería ser publicada en el portal de Compras Públicas, puesto que constituiría el final de una disputa en la cual una parte es el Estado. Ahora bien, los detalles de esa mediación, así como los medios de prueba que se utilicen para llegar al advenimiento de las partes seguirían siendo confidenciales. En todo caso sería

⁴⁷ THRUSH, Arlin R., ob. cit., p.8.

⁴⁸ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, **Art. 6.-** *“Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República. El uso ilegal que se haga de la información personal, o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes.*

No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se exceptúa el procedimiento establecido en las indagaciones previa.”

aconsejable una reforma al mencionado literal en relación a la publicidad de las actas, puesto que un pilar fundamental de la mediación y que lleva a las partes a ser flexibles para llegar a acuerdos, es justamente el ambiente en el que se desarrolla y en el cual indudablemente interviene la confidencialidad.

Adicionalmente debemos mencionar que de no declararse como confidencial el acta de mediación en la que una de las partes es el Estado, cualquier particular podría acceder a ella planteando una acción de acceso a la información pública, contemplada en el artículo 91 de la Constitución de la República vigente.

j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución”. ...”Lo dicho anteriormente se refuerza aún más en temas que investigue la entidad de control y por lo tanto si hay incumplimiento contractual y se acude a mediación, la información deberá estar a órdenes de la Contraloría General del Estado, así: Art. 7 LOTYAIP: “q) Los organismos de control del Estado, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las resoluciones ejecutoriadas, así como sus informes, producidos en todas sus jurisdicciones”.

En lo referente al Tribunal Contencioso Administrativo dispone el artículo ya citado: *“t) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente, publicará el texto íntegro de sus sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones. La información deberá ser publicada, organizándola por temas, ítems, orden secuencial o cronológico, etc., sin agrupar o generalizar, de tal manera que el ciudadano pueda ser informado correctamente y sin confusiones.”.*

Es importante reconocer que la confidencialidad en la mediación crea una confianza en las partes y por supuesto en el proceso mismo, lo que trae como consecuencia que las partes generen comentarios, ideas y propuestas que permitan al mediador identificar el camino para que las partes puedan solucionar un determinado conflicto, por lo que si se trata de mediación en el sector público o privado debemos respetar este importante pilar con las limitaciones antes anotadas.

La confidencialidad se presenta en varios escenarios. Walter A. Wright, desde el portal www.mediate.com, nos indica que:

“En asuntos sobre la protección de la confidencialidad surgen en tres contextos: primero, durante el proceso de la mediación; segundo, durante el proceso de litigio; y finalmente, con respecto al público en general. La obligación de proteger la confidencialidad varía según el contexto. Durante el proceso de la mediación, la obligación se encuentra principalmente con el mediador. En el proceso de litigio, es una obligación compartida entre el mediador, los participantes y los tribunales. Con respecto al público en general, es una obligación compartida entre el mediador y los participantes.” Al respecto la Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del Estado de Texas estipula:

A menos que sea expresamente autorizada por la parte divulgadora, [el mediador] no puede dejar saber a ninguna de las partes la información que haya sido presentada en confianza por la otra, y en todo momento mantendrá la confidencialidad de las comunicaciones relacionadas con la materia objeto del conflicto.⁴⁹ La Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del Estado de Texas entró en vigencia en 1987.

Un mediador puede también mantener reuniones privadas o también llamadas caucus para profundizar el proceso y contemplar nuevos métodos para que las partes arriben a una solución, en estas reuniones el mediador debe preguntar a la persona que información puede ser compartida con la otra parte y cuál no, además un comportamiento ético conexo a este pilar es el mantener las notas del mediador en confidencialidad, así como no permitir que se graven o transcriban las conversaciones durante la audiencia de mediación.

La confidencialidad debe incluir el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes.

⁴⁹Texas Civil Practice and Remedies Code, Secciones 154.001-154.073, *Alternative Dispute Resolution Procedures*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, EE.UU, 1996.

3.9. La responsabilidad del Estado en la implementación y difusión de los MASC en el sector público.

Nuestra carta magna vigente y la de 1998 reconocen a la mediación y a otros métodos de solución de conflictos como mecanismos constitucional y legalmente válidos (Art.190), mas esto no ha sido suficiente ya que el desconocimiento de los mismos por parte de la población hace que éstos no sean utilizados como se esperaba para descongestionar la administración pública y el sistema procesal ecuatoriano. Sin embargo sería injusto decir que no se ha hecho nada. El Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a través de ProJusticia año tras año ha intervenido en la difusión de los mismos a nivel nacional por varios medios a diferentes estratos de la población, sin embargo la misma ha sido esporádica y ha tenido su respuesta ante un proyecto determinado, siendo su continuidad lo que ha faltado.

La cuestión es reconocer no solo la percepción del sistema de justicia en el Ecuador sino aplicar soluciones claras entre las cuales están seguramente la difusión de los MASC. Pero le corresponde solo al Estado este papel? La respuesta es casi obvia pero es importante que los diferentes centros de mediación privados coadyuven en esta labor para que ambos sectores público y privado sean los promotores de este beneficio dirigido a la sociedad en general.

3.10. Perspectivas de desarrollo de la mediación en el sector público

Las perspectivas deben ser vistas desde la óptica de lo que se a hecho y de lo que falta por hacer, aunque es importante el reconocimiento constitucional en la utilización de los MASC, y hay una Codificación de la actual Ley de Arbitraje y Mediación, esto no es suficiente para implementar un verdadero engranaje para la solución expedita de los conflictos. Por ejemplo, la actual Ley prevé la emisión de un Reglamento en el plazo de 90 días de emitida la Ley (Art.61), sin embargo esto no ha sucedido hasta la actualidad a pesar de haber transcurrido ya 14 años.

Si verificamos el crecimiento demográfico en la actualidad, especialmente en las ciudades de trascendencia política y económica en la Sierra y en la Costa, es lógico y

necesario encontrar y aplicar métodos alternativos de solución de conflictos para que el sistema de justicia tanto en vía administrativa (dentro de los Ministerios) como en las cortes no colapse. En los Ministerios como el de Relaciones Laborales; Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca; Justicia, Cultos y Derechos Humanos ya que su misión y objetivos se verían mejor consolidados con el fomento de una cultura de paz y porque en su quehacer diario tratan temas que son perfectamente transigibles y por ende pueden someterse a mediación. Al respecto puede aclararse más el tema en la propuesta de Ley reformativa a la actual Codificación de la LAYM. (Anexo 3)

El crecimiento de la mediación en el sector público debe sustentarse en algunos pilares como abolir obstáculos que dificulten la utilización de la mediación, tanto en el ámbito administrativo y judicial. Se hace necesario romper con las barreras que al interior de los tribunales cierran el paso a la mediación –principalmente la desinformación y el temor a los recortes de poder de jueces y funcionarios judiciales– mediante la oferta de capacitación y reuniones de trabajo y coordinación con los mediadores y autoridades sectoriales. Fuera de los tribunales, también es necesario hacerse cargo de las suspicacias que la mediación genera en el foro; no se ven razones que impidan incluir a los abogados litigantes en programas de capacitación para que conozcan el escenario al cual van a relacionarse. Todo lo anterior debe reforzarse con una maciza campaña de difusión y promoción que explique en forma clara y lenguaje sencillo tres puntos cruciales: ¿qué es la mediación, cuál es su relación con el proceso, y, qué valor tienen los acuerdos?

El Plan Nacional de Desarrollo así como los planes locales de desarrollo deberían especificar el interés del Estado de fomentar el paradigma de una cultura de la paz que privilegie el dialogo y que promueva la solución de conflictos en forma pacífica y cooperativa, así como el compromiso de reconocer la justicia alternativa, como un derecho ciudadano, esto último debe entenderse en planes y proyectos nacionales y locales que materialicen el reconocimiento constitucional del Art. 190 de la Carta Magna. Por su parte el Consejo Nacional de la Judicatura debe crear y fortalecer los centros de mediación adscritos a las cortes, elevando también su presupuesto ya que

en la actualidad esto sí es un limitante indiscutible para su implementación, pasando desde el número de mediadores, su remuneración, la infraestructura necesaria, etc.

3.11.Experiencia en la aplicación de la mediación como política del sector público

Si bien es cierto que la demanda y por tanto la concurrencia a los diversos centros de mediación ha crecido considerablemente, el Estado no ha destinado los suficientes fondos para su implementación o fortalecimiento.

El cambio parte desde el Estado en aplicar una reforma administrativa y judicial trascendental, llevada con madurez cívica, independiente de las tendencias políticas. La solución al congestionamiento en los Ministerios y en las Cortes no se resuelve cambiando de funcionarios o creando más dependencias sino cambiando el sistema que ofrece un ganador y un perdedor, un juicio largo con desgaste emocional y económico, abogados que prolongan innecesariamente procesos administrativos y judiciales, a un sistema rápido, eficiente, económico, pacífico y con soluciones que nazcan desde las partes.

La actual Ley de Arbitraje y Mediación, tal como está formulada no está estrechamente enmarcada dentro de una política pública comprometida con la solución de conflictos, la concurrencia a mediación no ha venido siendo del todo el camino más apropiado ni prácticamente el más eficiente para impulsar esta nueva forma de abordar el conflicto público, no por falta de eficacia de la herramienta sino que su uso no ha sido considerable como para hablar de un descongestionamiento del sistema de administración de justicia. Es más oportuno hablar de métodos adecuados de solución de conflictos porque lo que es bueno para una persona no lo es para la otra, en algunos casos será conveniente ir a mediación, otras al arbitraje y otras inevitablemente a un proceso judicial, sin embargo esto implicaría una reforma más allá de la propuesta en esta investigación, y sería una suerte de Corte de Múltiple Puertas, pero este tema deberá ser tratado en otro momento.

Aún a riesgo de aparecer en contradicción con los postulados básicos de este proceso, es necesario vincularla al sistema administrativo (Ministerios) y judicial (Cortes) y establecer la comparecencia obligatoria a programas de mediación anexos a los

tribunales. Su incorporación cultural exige que el sistema de mediación sea profusa y adecuadamente difundido a la comunidad, sea de fácil acceso y de costo moderado para los administrados. Por último, el Estado debe ejercer un fuerte control en la calidad de la formación de los mediadores, tanto para centros de mediación particulares como en los públicos y en los servicios que éstos prestan para que sean de calidad. Solo así se podrá cumplir con el cometido de la política pública de justicia delineado: ampliar y mejorar la oferta de tutelajurisdiccional efectiva.

3.12.Propuesta de obligatoriedad de la mediación en el Ecuador

El tema de la obligatoriedad puede ser cuestionado por el principio de la voluntariedad que rige a la mediación en Ecuador, sin embargo la propuesta no es nueva y se la viene ejecutando por más de 15 años en Argentina con un porcentaje de efectividad alto. De todos los casos que llegan a los Centros de Mediación, el 70% se resuelve satisfactoriamente y solo el 30% se va a juicio, estos últimos datos fueron mencionados por el Ministro de Justicia de Argentina, Dr. Héctor Superti, en declaraciones al Diario Digital de Santa Fe Notife.⁵⁰(Para mayor información ver los datos estadísticos del Poder Judicial de la Nación Argentina en el Anexo 1.)

La propuesta de mediación obligatoria en el ámbito de conflictos en los que es parte el Estado no se limita a difundir los MASCs para que los administrados conozcan la posibilidad de recurrir a estos métodos, sino que incluye la creación de Centros de Mediación en las Carteras de Estado (Ministerios) para la resolución de trámites de carácter administrativo para así evitar su paso a la justicia ordinaria con las particularidades que analizaremos más adelante.

Consecuentemente el tener un sistema en el que se considere a la mediación como requisito previo para someter el caso a la justicia ordinaria no implica imaginar la mediación como competencia con el trabajo de los jueces y abogados, peor aún

⁵⁰www.mediacionarbitraje.eu, última fecha de consulta 11 mayo de 2011.

concebirlo como un requisito de procedibilidad más, sino más bien favorece a modernizar y replantear la forma actual de administración de justicia.

La propuesta como está concebida se encamina a que las partes acudan a una audiencia previa ante un mediador acreditado ante uno de los centros de mediación de carácter público. Para el caso de las contrataciones con el Estado se ha venido utilizando el de la Procuraduría General del Estado, sin embargo esto podría ser cambiado mediante un sistema de sorteos tanto del mediador como del centro y del juzgado que eventualmente conocerá la causa. (Si fallare la mediación o si el acuerdo fuere parcial). Ante la posible demanda excesiva, especialmente en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, podría establecerse convenios con centros de mediación privados que coadyuvarían con el propósito de la reforma (los costos deberán seguir siendo asumidos por el Estado). Si leemos las entrevistas a los Directores de Centros de Mediación, ellos reiteran en varias ocasiones que los funcionarios no acuden a la mediación para solucionar conflictos y cuando acuden a ella no acuerdan porque temen ser glosados en el futuro por la Contraloría General del Estado. Todos los Directores coinciden y son muy claros en ello. Por otro lado, la imparcialidad del Centro de la Procuraduría General de Estado ha sido cuestionada, ya que si un contratista tiene inconvenientes tiene que ir al Centro de Mediación de la Procuraduría que es del Estado, con funcionarios de la misma a resolver un problema que le incumbe al Estado y con las reglas (reglamento) del mencionado Centro! Es por eso que la propuesta más detallada en el anexo 3, comprende que esos funcionarios de los Centros de Mediación a crearse no sean parte del mismo, ya que es dar lugar a cuestionamientos sobre la imparcialidad y neutralidad de los mismos.

Es importante que el nuevo sistema de mediación contemple la concurrencia de las partes a solucionar sus conflictos de manera previa y obligatoria a los Centros acreditados por el Estado previo a concurrir a la etapa de la justicia ordinaria, la misma que debe ser gratuita, de lo contrario se podría malinterpretar y tergiversar la intención de fomentar una cultura de paz con una en la que se privatiza la justicia, para lo cual se podría empezar instaurando un Centro de Medición en el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, Cartera de Estado que debería llevar un registro

de los mediadores acreditados, es decir de los profesionales que cumplan los requisitos teóricos y prácticos para ejercer.

La experiencia argentina es buena en su gran mayoría, especialmente uno de los aspectos que se debería implementar en nuestro país es que el mediador sea abogado, esto sin perjuicio de la intervención de otros profesionales en calidad de personal de apoyo. La consideración anteriormente hecha aplicaría a todos los casos en que el Estado sea una de las partes, esto legitima de mejor manera y consolida una mayor tranquilidad para que lo acordado esté conforme al marco legal y constitucional vigente.

Es de trascendental importancia que antes de implementar este sistema exista la suficiente disponibilidad presupuestaria para contar con instalaciones adecuadas para la demanda que tendrían los diferentes centros, así como se deberá incorporar a mediadores capacitados por el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, los capacitadores deberán ser profesionales que sepan y dominen la materia, es decir especializados, con experiencia, reconocidos en el medio, como por ejemplo los Directores de los Centros que hayan ejercido como mediadores y conozcan la herramienta en su real dimensión.

Para el **Dr. M. Sc. Giovanni Criollo Mayorga**, el fundamento de la mediación obligatoria, principalmente se encuentra en tres hechos: *“la existencia de una cultura de litigio muy arraigada en sociedades como la nuestra donde se prefiere la solución de las disputas a través de la jurisdicción ordinaria, lo cual hace que se deje de lado a la mediación aún sin conocer verdaderamente sus alcances y efectos; la obligación estatal, sobre todo ahora que nos encontramos viviendo en un estado constitucional de derechos y justicia social, de solucionar la conflictividad y desintegración social; y, la posibilidad de fomentar el dialogo, la discusión y la negociación entre las partes en disputa con la finalidad primaria de que eventualmente, de ser esa su voluntad, se solucionen sus diferencias, y una finalidad ulterior, pero no por ello menos importante, consistente en que el mecanismo de mediación no quede inoperante. Por estas*

*razones es que no es contradictorio hablar del principio de la voluntariedad en mediación cuando se trata de la mediación obligatoria.”*⁵¹

Es importante tener en claro que la propuesta de mediación obligatoria o como requisito previo para evitar trámites administrativos engorrosos y procesos largos y costosos debe tener algunas consideraciones, tales como:

- a)** Los costos de la mediación sean cubiertos por el Estado, caso contrario se tergiversaría interpretando que se trata de una privatización de la justicia, y ese no es el propósito de la propuesta de reforma a la LAYM.
- b)** No existan coerciones para llegar a acuerdos.
- c)** Los mediadores y los programas de mediación sean: **(i)** de alta calidad; **(ii)** de fácil acceso; **(iii)** permitan la participación de las partes; **(iv)** permitan la participación de los abogados; y, **(v)** brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos que se requieren.
- d)** Se cuente con una Escuela y un Registro Oficial de Mediadores, para un nivel de capacitación adecuado y un número suficiente de los mismos. El Registro deberá comprender: el Registro de los mediadores calificados (que comprende evaluación de desempeño); Registro de los Centros de Mediación; Registro de las Instituciones que se dediquen a dar capacitación; y, Registro de Profesionales calificados como personal de apoyo.
- e)** El Estado debe proveer de la infraestructura y los centros de mediación necesarios antes de implantar a la mediación como requisito previo, además de una campaña continua de difusión y promoción de la herramienta a la ciudadanía, a nivel empresarial y educacional en escuelas, colegios, universidades.

⁵¹CRIOLLO MAYORGA, Giovanni, Dr., *Cuestiones de Mediación, Quito, Primera Parte 2011* en <http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com>, última fecha de consulta 13 de abril de 2011.

f) Capacitar a los funcionarios públicos y a los agentes de justicia para que valoren los beneficios de la herramienta y la apliquen.

Adicionalmente se debe tomar en cuenta: costos monetarios y emocionales para las partes, el interés de las partes de alcanzar resultados acordes a sus necesidades, los intereses de las personas que no son partes, pero cuyas vidas pueden verse afectadas, la importancia de la confianza pública en el sistema de justicia y sus actores, etc.

En el **Anexo 3** del presente trabajo se podrá encontrar una propuesta de Ley Reformatoria a la actual Ley de Arbitraje y Mediación con el propósito de implementar a la mediación como un requisito previo para acudir a la justicia convencional u ordinaria.

La mediación como requisito previo contempla que las partes sean asistidas por un abogado, el cual debe necesariamente haber aprobado los cursos teóricos y prácticos de formación de mediadores. Es decir, debe tratarse de un profesional del Derecho debidamente capacitado como negociador. Dicha formación debería cursarla en la Escuela de Mediadores y encontrarse inscrito en el Registro Oficial de Mediadores, para acreditar su competencia para implementar el diálogo y superar lo que acontecería con un profesional solamente con una formación litigante.

Si bien en la propuesta se considera que el mediador sea un abogado, esto no implica que no haya una co-mediación con un profesional que no sea necesariamente un abogado; así como tampoco se prohíbe el soporte de profesionales expertos en determinada área para solucionar el problema, tales como: psicólogos, sociólogos, economista, etc.

El tema de la propuesta es muy sensible y ha merecido una opinión dividida entre los Directores y Subdirectores de Centros de Mediación entrevistados (Anexo 2, análisis pregunta 4), sin embargo más allá de las discrepancias hay algo en común propuesto como es el tema de capacitación al funcionario público ante la aplicación del sistema, así como reglas claras para que la reforma a la Ley no se convierta en un requisito previo más para demandar. El sistema planteado como requisito previo tiene su trayectoria y ha dejado de ser un proyecto piloto y ha arrojado buenos resultados

(ver anexo 1 estadísticas del Poder Judicial de Argentina 1995-2011), siendo acogido por otras legislaciones del mundo. El éxito en su aplicación dependerá de la observancia de cada uno de los aspectos de la propuesta y de la voluntad política para dar impulso a la herramienta. La propuesta de reforma de ley a la LAYM no solo se limita a temas públicos, sino que abarca todos los ámbitos con excepción de los determinados en el artículo 43.1 de la Propuesta. (Ver Anexo pág. 103)

Es sumamente importante señalar que para realizar y apoyar la propuesta de Ley Reformatoria, aporte principal del presente trabajo de investigación, además de las estadísticas nacionales e internacionales y el análisis de las leyes 24.573 y 26.589 de Argentina, se realizó un estudio de campo (encuestas y entrevistas) para conocer la percepción de los estudiantes y profesores de derecho de las universidades PUCE, UDLA, UNIBE, de la ciudad de Quito, sobre la posibilidad de implementar a la mediación como requisito previo antes de acudir a la justicia convencional, encontrándose importantes datos que se los puede apreciar desarrollados en el Anexo 4, sin embargo es de destacar lo siguiente: en la pregunta 4 sobre si la mediación ha descongestionado considerablemente el sistema de administración de justicia, los resultados fueron, un Sí del 31%, No 14% y parcialmente un 55%, lo que denota que a pesar del crecimiento constante de los Centros en los últimos 14 años (hoy son más de 100 a nivel nacional), esto no ha sido ni será suficiente para descongestionar nuestro actual sistema de justicia por lo que se necesita que hoy en día la mediación tenga la característica de requisito previo.

En referencia a la pregunta 9 acerca de la posibilidad de implementar a la mediación como requisito previo obligatorio, los resultados fueron: **Sí 78%, No 12%**, y el 10% no responde. Por lo que, si tomamos en cuenta que las encuestas fueron aplicadas a los estudiantes y profesores del último año de la carrera de Derecho de 3 universidades de la capital, y tomando en cuenta los porcentajes de las respuestas, es posible afirmar que la propuesta no solo que es interesante sino que tiene acogida por un segmento que en muy poco tiempo va a ejercer su profesión y que tiene entre sus opciones la utilización de la mediación y con una inclinación de aceptarla como requisito previo. Es de destacar también que las preguntas no solo son objetivas (sí o

no) sino que también comprenden respuestas razonadas, es decir el porqué de su elección, lo que hace más interesante la presente investigación y consolida la propuesta de reforma de Ley, la misma que confirma la hipótesis planteada.

Por otro lado, y tomando en cuenta el tema de tesis, si observamos las estadísticas del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado (ver Anexo 1), podemos apreciar en el consolidado nacional de 2010 que la mayoría de casos conocidos son de contratación pública, con un índice aceptable de actas de acuerdo pero que pudieran ser mucho mayores, toda vez como lo han manifestado los Directores de Centros hay un miedo real de los funcionarios públicos a mediar por una eventual glosa de la CGE, lo que se pretende cambiar con la propuesta de reforma de ley al implementar la asistencia a las audiencias de mediación de delegados de la Procuraduría y de Contraloría, para consolidar la validez jurídica y económica de los acuerdos. A continuación el cuadro de las razones de la respuesta a la pregunta 4 y 9 de las encuestas:

4. ¿Podría afirmarse que la mediación ha descongestionado el sistema judicial en el país?

9. ¿Cuál es su criterio respecto a la posibilidad de que la mediación sea utilizada como requisito previo para acudir a la justicia ordinaria para los casos de interés público como tema de familia, administrativos (dentro de los Ministerios), contratación pública, escolar, salud, etc.?

RAZONES DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 4 (TABULACIÓN CUALITATIVA)	
SI (31%)	NO (14%)
Quando existe predisposición A pesar de haber un conocimiento limitado de las partes	Porque su difusión y aplicación es escasa Por desconocimiento No hay difusión en intereses particulares

CRITERIOS DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 9 (TABULACIÓN CUALITATIVA)			
SI (78%)	FRECUENCIA	SI (78%)	FRECUENCIA
Se ahorraría tiempo y dinero	10	Porque hay juzgados que están saturados	1
Agilitería los trámites en la justicia ordinaria	10	Porque en la mayoría de los casos terminaría el conflicto	1
Descongestionaría la actividad judicial y sería beneficioso para las partes	6	Requisito previo para mediar entre las partes	1
Porque los temas de interés público son controversiales y es mejor solucionarlos en mediación, que con un litigio	5	Son temas de interés en la sociedad entera	1
Mejoraría el sistema de justicia	4	Se daría una oportunidad a las partes en conflictos para que lleguen a una solución	1
Se lograría descongestionar y evacuar las causas represadas en los juzgados	4	Precautela la relación de las partes	1
Ayudaría a solucionar casos pendientes	4	Porque son países desarrollados en el ámbito del derecho	1
Facilidad al acceso a la justicia	3	Porque es rápido	1
Sería productivo	1	Porque es lícito y se fomenta una cultura de paz	1
Sería útil porque descongestionaría la función judicial y habría más justicia	1	Para la economía procesal	1
Se evita perder sentencias	1	Siempre y cuando se firme un acto de mediación	1
Se reduciría la burocracia y el Estado se beneficiaría económicamente	1	Sería recomendable para que no se saturen los juzgados	1
Porque la justicia ahora es un caos	1		
NO (12%)	FRECUENCIA		
No existe capacidad académica	1		
Deber ser opcional	2		
Nunca debe ser decisión de las partes	1		

CAPITULO IV

LEGISLACIÓN COMPARADA. ANÁLISIS DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN ARGENTINA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

4.1. El proceso de mediación en Argentina

De la Ley **24.573** de Mediación Obligatoria.

Para analizar los distintos procesos de mediación en su obligatoriedad o no, es importante materializar en este trabajo a los más importantes doctrinarios, en este caso se ha tomado las opiniones de los doctores *Juan Pedro Coleiro* y *Jorge A. Rojas*, quienes nos dan su parecer sobre las particularidades de La Ley de Mediación y Conciliación obligatoria, el siguiente texto es un resumen conciso de la experiencia argentina descrita en su libro: *“Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar”*,

quienes analizan el articulado en sus puntos positivos y negativos de la ley 24.573 con sus respectivas reformas, así:⁵²

La Vigencia de la Ley 24.573 conocida bajo la denominación de Ley de “*Mediación y Conciliación*” fue promulgada el 27 de octubre de 1995 y su vigencia fue desde el 25 de abril de 1996, aunque en su Art. 30 se fijó un plazo de cinco años para la duración de esta nueva etapa de la mediación fue renovada por la Ley 26.589 en el 2010.

Otras leyes y normativa complementaron a la Ley 24.573, tales como:

- Decreto Ejecutivo 91/98 que regula los costos en escalas, comparecencia del requerido, etc., constituyéndose en un Reglamento de la Ley 24.573.
- La Acordada (reforma) N°11 de 1996 que estableció la mediación para el fuero civil y comercial con alguna modificación a la Ley 24.573 como que el juez sorteado con el mediador no deberá necesariamente ser el mismo que tramitará el proceso judicial.
- Ley 24.635, de Conciliación Laboral Obligatoria.
- Resolución N° 297/91 del Ministerio de Justicia de la Nación. Instauró una Comisión de Mediación encargada de elaborar un Programa o Plan Nacional de Mediación.
- Decreto presidencial 1480/92 declara de interés nacional a este instrumento de resolución alternativa de conflictos y dispone la creación de un Cuerpo de Mediadores, una Escuela de Mediación y la realización de una experiencia piloto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Secreó un Registro de Mediadores, cuya constitución, organización, actualización y administración es responsabilidad del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

⁵² COLEIRO, Juan Pedro y ROJAS, Jorge A., *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*, Santa Fe de la Vera Cruz, 1998, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1ra. Ed., p.16.

Para ser mediador sería necesario poseer el título de abogado, adquirir la capacitación requerida y cumplir las restantes exigencias que se establezcan reglamentariamente, esto ya que la mediación fue concebida para que solo pueda ser llevada a cabo idóneamente por quienes tienen formación en esa disciplina, especialmente si se trata de conflictos en los que esté de por medio el Estado (con autorización expresa) y comprometidos fondos y el interés público, sin perjuicio de que auxiliares interdisciplinarios puedan colaborar con el mediador.

Se creó una Comisión de Selección y Control, integrada por seis miembros, dos por el Poder Legislativo, dos por el Ejecutivo y dos por el Judicial. No hay mención alguna a la forma en que deben ser electos estos representantes ni sobre el procedimiento de cómo habrá de funcionar. Se le asigna a la Comisión la responsabilidad de emitir la aprobación, en última instancia, sobre la idoneidad y demás requisitos que se exijan para habilitar la inscripción de los mediadores como aspirantes en el Registro, el control de todo el sistema de mediación. Coincidimos con **Falcón**⁵³ citado por *Coleiro y Rojas*, en que este Consejo para seleccionar y controlar a los mediadores marcó el carácter político y no científico del sistema, pues excluye a los colegios profesionales y a las universidades, entre otras instituciones que estarían más capacitadas para esa función que los miembros de los tres poderes.

El carácter obligatorio de la ley es uno de los temas más polémicos, pues gran parte de la doctrina coincide en que la esencia de la mediación es su voluntariedad; sin embargo, autores como *Arazi*⁵⁴, citado por *Coleiro y Rojas*, entiende que en el estado actual la falta de una cultura sobre la posibilidad de solucionar el conflicto en forma no adversarial, tornaría en letra muerta cualquier disposición que, en una primera etapa, no instituyera la mediación en forma obligatoria. Coleiro y Rojas afirman, que la preparación cultural debe preceder a la sanción de la ley obligatoria y no al revés, pues la imposición legal, sin una previa educación del pueblo, genera más desconfianza y rechazo que aceptación.

⁵³FALCÓN, Enrique M., *Mediación Obligatoria en la Ley 24,573*, Buenos Aires, Argentina, Edit. Abeledo—Perrot, 1ª. ed., 1.997, p.37.

⁵⁴ARAZI, Cynthia, Dra., *Mediación, Audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, Buenos Aires, LL, 1996-A-1254, ap. II, citada por Coleiro y Rojas en: *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*, p.37.

Materias excluidas de mediación: las causas penales, los procesos de familia, con excepción de las cuestiones patrimoniales que se deriven de ellos, las de declaración de incapacidad y rehabilitación, las causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte, el amparo, el hábeas corpus, y los interdictos, las medidas cautelares hasta que se resuelvan, agotándose las etapas recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación, las diligencias preliminares y la prueba anticipada, los procesos sucesorios y voluntarios, los concursos preventivos y las quiebras y las causas que se tramiten ante la Justicia Nacional del trabajo. (ver Ley 24.635), juicios sucesorios y voluntarios y finalmente aquellas causas en que la misma se haya realizado previamente ante mediadores registrados en el Ministerio de Justicia. (En estos casos se obvia la presentación en la Cámara del formulario, iniciándose directamente la demanda, con el certificado negativo del mediador privado)

Es la postura del presente trabajo de titulación sostener que sí es posible mediar en los casos en que el Estado y sus entidades sean parte, ya que con ellos se obtienen muchas ventajas como: ahorrar tiempo, dinero y recursos al Estado.

La Ley contempla como optativos los procesos de ejecución y en los juicios de desalojo.

En todos los procesos en los que se establece como mediación obligatoria existe un formulario en el que se prevé espacio para la firma del requirente y solo se dispone lugar para la firma y sello del abogado. Y esto es importante, por cuanto si el abogado no actúa como apoderado, carece de *ius postulando* y necesita la firma del cliente para peticionar válidamente. Cumplida la presentación, se procede al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la *litis*.

Las partes al momento de requerir la mediación pueden proponer el nombre de un mediador registrado en el Ministerio de Justicia para que no sea designado por sorteo.

En el caso del proyecto de Ley reformativa a la ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, es la posición de esta investigación el que la mediación privada con la figura del mediador independiente se mantenga, siendo que las partes puedan escoger entre ir a un centro de mediación estatal o particular ó a un mediador independiente debidamente autorizado, pero que el requisito de obligatoriedad se mantenga cualquiera sea la elección.

A diferencia de la demanda, esta presentación no interrumpe la prescripción sino que la suspende. La Ley 26.589 en su art. 18 diferencia con claridad la suspensión y la interrupción de la prescripción como se verá más adelante, en el análisis pertinente. Nos preguntamos si queda allí definitivamente el objeto de la pretensión del actor o si éste puede después modificarlo, cambiándolo o ampliándolo en la demanda posterior que incoe al fracasar la mediación. Entendemos que no puede modificarse, porque la mediación habrá de circunscribirse a la pretensión del formulario y, en el caso de admitirse su variación posterior, se estaría alterando lo pretendido originalmente, circunstancia que podría dar lugar a una nueva mediación y así hasta el infinito. En contra, Falcón, quien asimila el caso al de ampliación de la demanda.⁵⁵

La Ley de Mediación y Conciliación obligatoria prevé el contacto de las partes con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones. No se llega a comprender muy bien el sentido de esta norma, que podría quitarle espontaneidad a la primera audiencia, afecta al principio de igualdad y puede ser ocasión para corrupción, esto no es aceptado ni aplicable en Ecuador ni se contempla en el proyecto de reforma a la LAYM, aporte de este trabajo.

De cualquier manera, aun cuando esta disposición no existiera, los interesados igual podrían presentarse al mediador, con la diferencia de que este último podría diferir la entrevista hasta la audiencia; con la norma, parece estar obligado a escuchar antes al interesado que así se lo requiera.

⁵⁵FALCÓN, Enrique M., *Mediación Obligatoria en la Ley 24,573*, Editorial Lexis Nexis, Argentina, 1997, citado por COLEIRO, Juan y ROJAS, Jorge.

Cuando el mediador advierte que es necesaria la intervención de un tercero o alguno de los mediados solicitare su presencia, podrá citarlo a fin de que comparezca a la mediación. El mediador podrá convocar a los mediados a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la ley.

Multa: si cualquiera de los citados no compareciera a la primera audiencia, el incompareciente deberá abonar una multa equivalente a dos veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador, esto se extiende al tercero citado.

En nuestra legislación no se contempla este tipo de multas, pero de llegarse a aplicar la mediación como requisito previo obligatorio en casos de interés público como la contratación pública, laboral, familiar, etc., podría ser muy conveniente ya que por un lado comprometería más a las partes a asistir, por otro contribuiría a contrarrestar los gastos de la otra parte sin mencionar el tiempo para evitar la dilación del proceso y el financiamiento del sistema.

Se contempló la aplicación automática de las multas previstas en el artículo 45 del Código Procesal Civil de la Nación para los casos de temeridad o malicia, que debían aplicarse directamente al incumplidor, sin importar la causa que lo había llevado a esa situación. La multa referida, en lugar de establecerse a favor de la contraparte, como lo prescribe el citado artículo, lo era en beneficio del fondo establecido por el Ministerio de Justicia.

La asistencia letrada (abogados) es obligatoria. Lo que se concuerda en la presente investigación ya que en asuntos de interés público, por ejemplo de contratación pública debería asistir un delegado de la Procuraduría General del Estado y otro de la Contraloría General del Estado.

El resultado de la mediación, con fines estadísticos es comunicado al Ministerio de Justicia. En Ecuador los datos los lleva el Consejo Nacional de la Judicatura pero no hay uniformidad en los formatos estadísticos por lo que en muchos casos la información es general.

Para el caso de incumplimiento del acuerdo, podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia. Si se llega a la etapa de ejecución, la ley dispone que el juez deba aplicar una multa.

Por la confidencialidad del trámite, entendemos que la única constancia posible es la certificación del fracaso de la mediación.

De la prescripción: el inicio de la mediación pública opera contra todos los requeridos, mientras que las privadas, la suspensión ocurre, desde la fecha del instrumento auténtico mediante el cual se intenta notificar al requerido la audiencia de mediación y opera sólo contra quien va dirigido.

La retribución del mediador consiste en una suma fija, la cual se vio disminuida por la excesiva oferta de mediadores. Los honorarios del mediador, al integrar las costas del proceso judicial, van a acumularse a la de los letrados, peritos y demás intervinientes con derecho a regulación.

La naturaleza de la Ley de Mediación Obligatoria dado su carácter, aparece incorporada como prerequisite necesario para el acceso a la instancia judicial y está vinculada con ésta, al ser sorteado el mediador juntamente con el juez, en la mesa general de entradas de expedientes judiciales. Ello no implica en forma alguna que la mediación sea jurisdiccional ni siquiera judicial, pues su naturaleza es administrativa. Su relación con el proceso judicial reside en que dado que es un prerequisite obligatorio para la iniciación del proceso, se ha constituido en un requisito externo de admisibilidad de la demanda, para los casos comprendidos en la ley.

Requisitos para obtener el título de Mediador: para La formación de los mediadores comenzaron a proliferar cursos para mediadores, cuyo requisito de admisión era ser abogado de la matrícula y tener un mínimo de tres años de ejercicio, inscribirse para rendir examen de mediador de registro en la Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Las autorizaciones para dictar dichos cursos, otorgada por el Ministerio de Justicia, fueron dadas, en forma indiscriminada.

Capacitación:comprendía tres módulos, uno introductorio, el segundo de entrenamiento y concluía con la pasantía.

Cursar y aprobar en Institución Formadora habilitada por la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia (PMP.Jus) los cursos:

-Introducción a la Mediación (20 hs. reloj). - Entrenamiento en Mediación (60 hs. reloj) - Pasantía en Mediación (20 hs. reloj)

Institución Formadora: Fundación Instituto de Mediación Centro Internacional de Abordaje de Conflictos Primera Escuela y Centro Privado de la Región (FIME) Inscripta bajo el NRO 59 en el Registro de Instituciones Formadoras de la Dirección Nacional de Métodos para formación inicial obligatoria para los aspirantes a mediadores.

La falta de control por el Ministerio de Justicia, llevó a celebrar mediaciones en ambientes poco aptos para tal fin o alejados del radio céntrico ya que algunos mediadores exigieron dinero extra para diligencias y notificaciones, por sobre los topes estipulados por la reglamentación. Tampoco se conoce ningún caso de mediadores que hayan cumplido las horas establecidas en los cursos de formación y se los haya rechazado por no tener las condiciones mínimas para desempeñarse en el cargo.

Estos aspectos fueron incorporados en la propuesta de reforma a la LAYM de la investigación para que esto no se repita y por tanto la formación tanto teórica como práctica sea de calidad y siempre considerando el financiamiento previo del Estado para que garantice que las mediaciones se realicen en un ambiente adecuado y con la suficiente infraestructura.

Es importante destacar que si bien la mediación fue creada para descomprimir el cúmulo de expedientes en trámite en los juzgados, una publicación establecida en el *Suplemento de Resolución de Conflictos* da cuenta de que del universo de causas del fuero civil, los casos que van a mediación presentan el 20,14% mientras que, del

fuero comercial, el 14% y del fuero civil y comercial el porcentaje es del 33.21%. Es de hacer notar también que en el fuero civil más del 65% de los expedientes en trámite corresponden a ejecuciones fiscales y a juicios ejecutivos...⁵⁶

De lo analizado por Coleiro y Rojas, y lo comentado por los autores, es la postura del presente trabajo que aunque en esencia la mediación como requisito previo es buena idea y buen mecanismo y las personas sí acudieron, también está que desde el principio no se llevaron con responsabilidad ni planificación. Aspectos claves como la formación de mediadores, el ambiente poco adecuado donde se desarrollaban las mediaciones, y que decir de los costos también se constituyen en una de las razones por lo que la gente asiste, ya que estos deberían ser más baratos que los costos judiciales normales en un juicio. En nuestro país, si se llega a crear la Escuela de Mediadores se debe limitar su número y su remuneración debe ser mejor que lo que perciben ahora para que se dediquen tiempo completo a mediar.

Por consiguiente la ley como concepción en sí no era mala, sino el cómo se llevaban los procesos y por quienes, es decir el querer hacer un experimento de una oportunidad muy buena que tiene la sociedad para romper con lo tradicionalmente colapsado; la implantación del sistema fue superándose y mejorándose con leyes y decretos que la complementaron y llenaron vacíos.

Es la postura de este trabajo de investigación el que debemos dar relevancia en lo referente a la capacitación, que es tratado por el Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, *Gestión Alternativa del Conflicto*, ProJusticia, así:

La experiencia argentina en capacitación es realmente abundante. Fundación libra y luego el caso de la Universidad de Buenos Aires que tiene un postgrado en métodos alternativos, que se lo puede hacer en un año aproximadamente.

31 COLERIO, Juan Pedro y ROJAS, A. Jorge, *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*, Buenos Aires – Argentina, Edit. *Rubinzal – Culzoni*, 1998, pp.: 15 – 28.

Se debe indicar que la educación en Argentina ha sufrido una gran influencia de la Escuela de Harvard y se puede observar que muchas estrategias y técnicas pertenecen a esta escuela norteamericana.

En Argentina se usa el llamado principio obligatorio de subsidiaridad, donde se busca intentar primero la mediación y luego, si no hay resultados positivos, se continúa con el proceso pertinente.

Esta situación a hecho, que la mediación, en muchas ocasiones, se la confunda con otra diligencia judicial más, lo que ha generado una pérdida en su eficacia, y un atentado a los objetivos sociales de éstos métodos, sobre todo, que no se puede admitir ninguna demanda sin haberse agotado previamente la mediación.

En Argentina además una gran cantidad de abogados pagaron grandes sumas económicas, por lo que se hizo necesario definir claramente la ética del mediador y la responsabilidad civil, penal y social que acarrea la profesión.⁵⁷

4.2. Análisis de la Ley de Mediación Obligatoria 26.589

La nueva Ley de Mediación Obligatoria de Argentina 26.589, amerita comentar algunos de sus artículos de notable interés para la presente investigación.

La Ley Nº 26.589 de Mediación y Conciliación, promulgada el 3 de mayo de 2010, a través del Decreto Nacional Nº 619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010, establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial (salvo las excepciones expresamente contempladas) con el objeto de promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

La ley recientemente emitida confirma la eficacia que tuvo la anterior ley 24.573, y está destinada para anteceder a cualquier trámite de índole judicial, obviamente con

⁵⁷ Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, *Gestión Alternativa del Conflicto*, ProJusticia, Proyecto BIRF-4066-EC, Reforma Judicial, Banco Mundial, Facultad de Jurisprudencia – Universidad de las Américas, UDLA, 2001, pp. 66 y 67.

las excepciones contempladas en el artículo 5 son los mismos que la Ley 24.573 más la convocatoria a asamblea de copropietarios, a saber:

a) Acciones penales; **b)** Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; **c)** Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa; **d)** Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; **e)** Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; **f)** Medidas cautelares; **g)** Diligencias preliminares y prueba anticipada; **h)** Juicios sucesorios; **i)** Concursos preventivos y quiebras; **j)** Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; **k)** Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y, **l)** Procesos voluntarios.

De las anteriores excepciones hay algunos pequeños cambios con relación a la anterior ley, por ejemplo: en el literal c) se contempla una salvedad para las causas en que el Estado o sus entidades son parte, esto es la expresa autorización de autoridad competente para acudir a mediación. La propuesta de reforma a la LYAM de Ecuador sí contempla la mediación en temas en los que el Estado o sus instituciones sean parte ya que esto le ahorraría recursos, dinero y tiempo.

Otro cambio e incorporación se presenta en el literal j) antes citado. Y finalmente con respecto a las materias que son de carácter optativo para seguir el proceso de mediación obligatoria tenemos que se agregó los procesos de ejecución ya que antes solo contemplaba desalojos.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Al respecto cabe mencionar en que se prevé como principio en el literal b) del artículo 7 a la libertad y voluntariedad de las partes para participar en el proceso, es decir que

la obligatoriedad no tiene como objetivo suprimir la voluntad de las partes ni su derecho fundamental a la libertad como algunos lo pueden interpretar sino más bien difundir un método eficaz que tiene como uno de sus objetivos mayor celeridad en el proceso y disminuir costos a las partes de diferente índole. (Económicos, afectivos).

En lo referente a la confidencialidad, la nueva ley prevé que ésta se extiende a los documentos del mediador, a las partes y cualquier otro material utilizado a efecto de la mediación, sin embargo se debió incluir que los mencionados medios utilizados en las audiencias no podrán ser utilizados en un juicio en caso de que fallare el proceso de mediación.

Las excepciones a la confidencialidad son claras: renuncia expresa de las partes y segundo evitar la comisión de un delito o que éste continúe. Sin embargo en el sector público y en especial para los casos de interés público ésta se ve limitada como ya se ha explicado a lo largo de este trabajo.

Se mantienen los requisitos para ser mediador ya analizados en la anterior ley, así:

Ser abogado, con tres años de experiencia; acreditar la capacitación que exija la reglamentación, haber aprobado un examen de idoneidad; estar inscrito en el Registro Nacional de Mediación y cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente. La norma establece la posibilidad de elegir mediador sin recurrir al sorteo.

Designación del mediador: la designación del mediador podrá efectuarse:

- a) Por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito;
- b) Por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial;
- c) Por propuesta del requirente al requerido; y,

- d) Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación.

En el último caso es de hacer notar que los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por 30 días contados a partir de la notificación del mediador y se reanudará una vez vencido el plazo que podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes.

De la comparecencia personal y representación. Las partes deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta (150) kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias. El apoderado deberá contar con facultad de acordar transacciones. La asistencia letrada es obligatoria. Se tendrá por no comparecida a la parte que concurriere a las audiencias sin asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta.

Una cuestión importante que trata la ley es la recusación de los mediadores cuyas causales son las mismas establecidas para los jueces en el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, siendo claro el art. 14 y 15 de la nueva ley en prohibir al mediador su participación de manera absoluta en un juicio cuando hubiere intervenido en algún proceso como mediación, en nuestro país tal prohibición se encuentra prevista en el artículo 49 de la LAYM.

En el caso del literal d) del artículo 16, se suspende el plazo dentro del proceso judicial por 30 días contados desde la notificación al mediador, dicho plazo puede ampliarse a pedido de las partes, al respecto cabe mencionar que el efecto suspensivo debería ser mientras dure el proceso sin necesidad de que las partes pidan ampliación.

El plazo máximo para que se realice la mediación es de 60 días contados a partir de la última notificación al requerido o al tercero, este plazo tiene una excepción para los casos de ejecución y desalojo al ser estos opcionales y para los cuales se prevé su

terminación en 30 días. Las partes de común acuerdo pueden solicitar la ampliación de plazo aunque no se describe un límite a la misma.

Lo que se repite en esta nueva ley es el hecho de facultar al mediador para contactar a las partes antes de la audiencia de mediación. Este hecho está prohibido en nuestra legislación ya que se pretende evitar cualquier posibilidad de corrupción o un criterio apartado de la objetividad y el profesionalismo.

Algo rescatable de ser mencionado es que la ley vigente contempla la comparecencia de un tercero para que asista a la mediación, lo que no se menciona es si la obligación de confidencialidad se extiende también a él.

El acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Certificación de firmas del mediador: la nueva Ley prevé la certificación de la firma del mediador interviniente como parte integrante del contenido del acta de mediación. La certificación la hará ante el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos en los términos de la reglamentación. Al respecto cabe comentar que por el solo hecho de contar con la firma del mediador se presume su validez, más aún si consideramos que es un documento público del cual se presume por principio su legitimidad y validez, por lo que parecería un trámite burocrático que entorpece la agilidad del sistema.

Es interesante destacar que consecuencia trae el suscribir un acta de acuerdo sea total o parcial y no cumplirla, ya que en ese caso como en nuestro país se sigue la vía de apremio, como si se tratara de una sentencia, pero además está la multa contemplada en el Art.45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, referente a la temeridad o malicia, contempla:

“Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto

del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de \$ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria. ...”

De la prescripción y caducidad en la nueva Ley: La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

- a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;
- b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial; y,
- c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación. En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanuda a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes. El Art. 52 de la Ley prevé como deber de los jueces el derivar los casos a mediación.

A continuación debemos mencionar que el cálculo para la prescripción no estaba desde el principio muy claro y es meritorio acoger el análisis y comentario de la abogada argentina Beatriz A. A. Giardino en su análisis de la nueva ley:

“Así es que vuelve la ley a la situación de la reanudación del plazo después de veinte días. Este fue el tiempo establecido por el decreto 91/98, solo que en lugar de decir que “se reanuda después de veinte (20) días corridos desde la fecha del acta de

finalización”, estos deben contarse desde que el acta se encuentre a disposición de las partes.

Esto nos pone frente a una fecha completamente incierta, ¿cuándo se encontrará el acta a disposición de las partes? ¿El plazo es común? ¿Qué tiene que hacer el mediador con el acta? ¿Tiene que notificar por carta documento? ¿Y cuál sería la fecha, desde que pasan a buscarla? ¿Todos? ¿Y si son rechazadas las notificaciones?

A esto debemos agregar otro tema, la ley en varios artículos (así arts. 3, 29, 54, 56), habla de certificación de firma del mediador.

Esto sería gravísimo en cuanto a la inseguridad del momento en que se restablecería el término de prescripción, si supusiéramos una certificación material y particular de cada mediación realizada o acuerdo hecho, ante el Ministerio de Justicia; groseramente pero no muy alejada de la realidad, el Ministerio aproximadamente tendría alrededor de 400 certificaciones por día. Imaginemos semejante volumen, y que habría si resulta además un día de huelga o un feriado impensado. Rápidamente se pasaría a las 800 o 1200, etc.

Esto además significa un retroceso, ya que la firma del mediador bastaba para dar fuerza al acta para iniciar un proceso judicial y además los acuerdos se ejecutan sin homologación judicial.

Suponemos que esto será una certificación única ante el Ministerio, de sello y firma con la nueva registración que se debe realizar dentro de los 90 días de espera para la entrada en vigencia y luego puede el mediador usar su firma e informar al Ministerio a través de algún sistema electrónico computarizado, que signifique agilización, y seguridad para su desempeño y para todas las partes intervinientes, de modo tal que los mediados se puedan llevar el acta en el momento de la finalización, sin trámite burocrático alguno.”⁵⁸

⁵⁸GIARDINO, Beatriz A. A. en <http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales>, última fecha de consulta 30 de abril de 2011.

Es conocido que toda mediación termina con un acta, sin embargo en la legislación argentina este documento también constituye documento habilitante para presentar la demanda como consecuencia de la falta de advenimiento de las partes, y no deja de ser interesante como la ley prevé el supuesto de la incomparecencia de una o ambas partes y por consiguiente el Art. 28 contempla una multa para la parte incompareciente y cuyo monto es equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia.

Todas las observaciones y análisis emitidos son trascendentes mas siempre debemos tomar en cuenta que no existe una sola ley de mediación obligatoria, ya que algunas provincias de Argentina tiene su propia ley, así por ejemplo la de la Provincia de Santa fe, Buenos Aires, Mendoza, Córdoba, etc.

La ley actual no menciona cómo se regulará los honorarios de los profesionales asistentes y peritos que llegaren a intervenir en el proceso de mediación.

Recusación del Mediador: el mediador puede ser recusado en los casos previstos en el Código Civil y Comercial para la exclusión de los jueces, dentro de los cinco días de conocida su designación, o durante la sustanciación de la mediación, si se advierte la configuración de las causales de imparcialidad previstos en el Art. 14 de la nueva ley.

Si el mediador fue designado por sorteo, se procederá a efectuar uno nuevo. Si el mediador hubiere sido propuesto por el requirente, el recusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta. La negativa del mediador a aceptar la recusación será decidida judicialmente.

El Art. 41 de la Ley obligatoria de Mediación establece las causales de exclusión para ser mediador.

Aunque en el artículo mencionado no lo contempla expresamente habría que incluir como una causal el no pago de los valores correspondientes por matrícula por dos años consecutivos, motivo por el cual se excluye al mediador del Registro.

Nuestra Codificación de la LAYM, no establece taxativamente que inhabilita la actuación de los mediadores.

La nueva ley de mediación obligatoria establece en su Art. 45 un régimen disciplinario de Prevenciones y Sanciones, con sus diferentes grados, comenzando desde el llamado de atención hasta la exclusión de la matrícula, correspondiendo al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia y por medio de un Reglamento el que tipifica las causales por las cuales al configurarse se aplicarían estas sanciones. Cabe indicar que no es ajeno a la Ley el debido proceso, instaurándose un sumario administrativo. En nuestra legislación en el Reglamento de cada centro de mediación se establece el régimen disciplinario para exclusión de los mediadores.

La actual ley contempla un fondo de financiamiento, para el funcionamiento del sistema. Los recursos son provenientes de varias fuentes, entre las cuales se encuentran:

“a) Las sumas previstas en las partidas del presupuesto nacional; b) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito hecha en beneficio del fondo; c) Los aranceles administrativos y matrículas que se establezcan reglamentariamente por los servicios que se presten en virtud de esta ley; y, d) Las sumas resultantes de la multa establecida en el artículo 28 de la presente ley.”

Posibilidad de Actuación de Profesionales Asistentes al Mediador: como aspecto novedoso, se establece la posibilidad de actuación de otros profesionales en calidad de asistentes al mediador, siempre que se cuente con el consentimiento previo de la totalidad de las partes intervinientes. Aquí cabe mencionar que no se habla precisamente de co-mediación sino de un apoyo técnico de profesionales afines a la naturaleza de la mediación.

Los profesionales intervinientes tendrán que actuar bajo supervisión del mediador y tendrán que estar inscritas en el Registro Nacional de Mediación en el capítulo correspondiente al Registro de Profesionales Asistentes organizado por el Ministerio de Justicia.

Multas por Incomparecencia: el Art. 28 de la nueva Ley obligatoria establece multas por incomparecencia para todo tipo de mediaciones, sean oficiales o privadas. Este agregado cobra importancia significativa en la práctica de la mediación al establecer la multa por incomparecencia para todas las mediaciones sin distinción, a diferencia de lo que ocurría con la anterior Ley en la cual solo era aplicable a las mediaciones oficiales o de sorteo y no así a las privadas en las cuales la incomparecencia no era multada y carecía de efectos jurídicos.

Creación del Registro Nacional de Mediación: La nueva ley contempla la conformación del Registro, el cual es organizado por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Se compone de cuatro capítulos:

a) Registro de Mediadores; **b)** Registro de Centros de Mediación; **c)** Registro de profesionales asistentes; y, **d)** Registro de Entidades Formadoras. Todos los mediadores inscritos mediante la anterior Ley 24.573 tuvieron el deber de manifestar dentro de los noventa (90) días de publicada la nueva Ley, su voluntad de mantener su inscripción en el Registro Nacional de Mediación de la forma establecida reglamentariamente.

Es importante mencionar que el Registro de Mediadores está facultado a destruir toda documentación relativa a mediadores o entidades formadoras que hubieren renunciado o se los hubiere dado de baja en los diversos Registros creados por esta nueva ley o anteriores a ella, luego de transcurrido un año desde la notificación del acto administrativo, lo que puede ser inconveniente en una investigación del órgano contralor.

Estas reflexiones hechas en el marco de la experiencia comparada de la mediación como asunto de interés público, y su implementación, son objeto de estudio de la presente investigación para su aplicación. Siendo la legislación Argentina una de las principales fuentes del presente trabajo, es procedente analizar los datos y especialmente el pronunciamiento del Ministro de Justicia:

Luego de la consulta que realizó el Colegio de Abogados entre sus colegiados en torno a la mediación obligatoria, en la cual un 80% de los votantes se expresaron por la negativa, Héctor Superti, Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe, opinó por la emisora universitaria sobre la norma que impulsó el gobierno provincial.

Expresó que *“estamos absolutamente convencidos que la incorporación de la mediación obligatoria, en cuestiones civiles y comerciales, es una medida imprescindible para el presente y el futuro. La carga de trabajo que tendrán los tribunales si esta norma no se sanciona será insostenible”*.

Además, Héctor Superti agregó que *“desde hace 30 años, se verificó que cuando hay un conflicto el Estado tiene otra forma de resolverlo, evitando la vía judicial. Hay personas que pueden ayudar a las partes a recomponer la relación, mediante técnicas profesionales. La mediación puede ser más rápida y económica para las partes, es una solución pacificadora y es mucho más barata para el Estado”*.

“Si en Santa Fe se llegara aplicar la mediación obligatoria prejudicial, el gerenciamiento del sistema tendría un costo anual de 3 millones de pesos. A esto hay que compararlo con los 600 millones de pesos que nos cuesta el funcionamiento del poder judicial en la provincia”, subrayó el ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe.

Consultado sobre si hay estadísticas del porcentaje de causas que se resuelven con la mediación en lugares donde la norma está vigente, Héctor Superti manifestó que *“si tomamos la referencia de la ciudad autónoma de Buenos Aires, donde la mediación obligatoria funciona desde hace 15 años, nos enteramos que el 70% de las causas se resuelven en esta instancia pre judicial y solo el 30% llega a juicio. En otros países, el porcentaje de solución de conflictos por mediación es superior”*.

Finalmente, el ministro de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe remarcó que *“tenemos que tomar conciencia que por la densidad demográfica y por la cantidad de conflictos existentes, estamos obligados a desarrollar estos caminos no adversariales porque los tribunales existentes no van a dar abasto. Una de las formas*

de mejorar la Justicia es instrumentando la mediación obligatoria. De los cinco Colegios de Abogados de la provincia, solo el de Santa Fe se opone a la mediación obligatoria”.⁵⁹

4.3 La Experiencia Norteamericana (Estados Unidos)

Los Estados Unidos han tenido éxito en la implementación de los MASC o ADRs (por sus siglas en inglés), a más de su influencia histórica y hegemónica.

Para comprender esta premisa debemos advertir que actualmente los sistemas jurídicos se relacionan directamente, sea por imposición económica, sea por fundamentación de principios.

En este mundo de globalización y transnacionalización del Derecho, el Ecuador ha iniciado una tarea de absorción de instituciones tanto del sistema anglosajón como del sistema neoromanista. Dentro de este esquema histórico hemos adoptado los métodos alternativos, lamentablemente se nos ha olvidado el proceso previo de preparar a los actores no solo judiciales, sino a la gran masa de ciudadanos, esa es una de las razones por las cuales en los países de primer mundo los métodos alternativos se aplican prácticamente en todas las materias, incluyendo la rama penal. Tampoco debemos olvidar que aspectos cruciales como la cultura y los valores nacionales, los procesos de construcción y formulación normativa.

La experiencia norteamericana es muy diversa, pues cada Estado presenta métodos alternativos distintos. Podríamos decir que Estados Unidos ha creado nuevos métodos alternativos y que nosotros recién estamos viviendo los métodos tradicionales como el arbitraje y la mediación; allá aparecen métodos tan novedosos, propios de su avance tecnológico y apertura iusfilosófica, como el mini – juicio o mini – trial, referido a un intercambio de ideas facilitado por un tercero neutral quien esgrime, en la gran mayoría de los casos, una opinión no vinculante sobre el resultado

⁵⁹SUPERTI, Héctor, Ministro de Justicia, Pronunciamiento acerca de la obligatoriedad de la mediación en Santa fé, emisora universitaria, 2011, en <http://www.derf.com.ar/despachos.asp>, última fecha de consulta 11 de mayo de 2011.

que hipotéticamente tendría el asunto en caso de recurrirse a la vía judicial; la evaluación temprana neutral "*early neutral evaluation*", un novedoso sistema anexo a la función judicial dirigido por un experto en el tema del conflicto; el juicio por jurados abreviados "*summary jury trial*", método que intenta fomentar una negociación directa entre las partes o estimularlas a optar por la mediación, pues muestran las posibles consecuencias y riesgos de una solución interpuesta por un tercero; jueces privados "*private judging*" y algunas otras combinaciones y variantes de arbitraje y mediación.

Dentro de esta variedad, la experiencia de la llamada "*Multidoor Courthouse*" o Corte de Múltiples Puertas, es muy interesante, pues es un sistema concebido como un centro judicial donde el reclamo ingresa en el tribunal y un funcionario asesora a las partes sobre las diferentes alternativas para que voluntariamente elijan: arbitraje, mediación, evaluadores neutrales, juicio abreviado, entre otros. Si ninguna de estas variantes es posible, queda naturalmente disponible el proceso regular o tradicional.

Una experiencia que ha tenido cierta influencia en el Ecuador es la relacionada con los "*Community Boards*", desarrollada con buenos resultados en California. Esta modalidad guarda relación con todo lo referente a la mediación comunitaria, especialmente en el ámbito vecinal, pues ayuda a que la gente común y corriente se relacione con el sistema de justicia, incentivando la formación de la responsabilidad ciudadana, de una sociedad civil participativa y responsable. Nosotros debemos aprender este concepto, pues actualmente no es adecuado ni responsable por la falta de un Reglamento a la LAYM que viabilice y delimite su aplicación.

La sociedad civil debe necesariamente aprender derechos y obligaciones, y tiene la obligación moral, de ser responsable, los métodos alternativos seguramente serán de gran utilidad para lograr cristalizar este reto.

La experiencia ha sido el establecimiento de centros de conciliación en barrios suburbanos de gran conflictividad y en áreas rurales de difícil acceso en gran coordinación con el sistema judicial regular.

Finalmente, observamos que se han multiplicado las organizaciones no gubernamentales y las universidades que ofrecen servicios alternativos de manejo de conflictos así como cursos de especialización en todos los niveles.

De lo visto, se debe concluir que en el Ecuador se requiere que prospere un debate apropiado para lograr una verdadera introducción a los MASC dentro del sistema jurídico, siendo la universidad responsable directa para que estos y la mediación no sean una mera extensión de la práctica legal o una simple terapia, sino que servirán para iniciar un camino hacia una teoría nacional de estos mecanismos tan útiles.⁶⁰

4.3.1. PANORAMA GENERAL DE LA MEDIACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS. El siguiente análisis por el ya citado Robert A. Goodin, nos da una visión realista y contemporánea de la mediación en la primera potencia mundial, Estados Unidos, así:

Actualmente, la mediación tal vez sea el más popular de los procedimientos de solución alternativa de controversias, que están revolucionando la tramitación de los casos en el sistema judicial de Estados Unidos.

Para finales de la década de los ochenta y en particular durante la década de los noventa, se ha ido recurriendo cada vez más a la mediación en todo tipo de casos civiles. De hecho, en Estados Unidos, es actualmente el procedimiento de solución alternativa de controversias preferido por los litigantes en causas civiles. Además, debido a su flexibilidad, se la utiliza no sólo en causas civiles, sino también en causas penales y en apelaciones.

La mediación en los tribunales. *Numerosos tribunales de Estados Unidos, tanto federales como estatales, tienen programas de mediación. Estos programas se empezaron a propagar, sobre todo, a raíz de la promulgación de la Ley de Reforma de la Justicia Civil de 1990 (PL 101-650), según la cual se exige a los tribunales federales diseñar y aplicar programas de solución alternativa de controversias.*

⁶⁰ Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia en el Ecuador, *Gestión Alternativa del Conflicto*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de las Américas, UDLA – ProJusticia, 2001, pp. 70 – 73.

La mediación se presenta normalmente en uno de los dos contextos de la litigación en Estados Unidos. El primero es el de la mediación ordenada por los tribunales. Por lo general, estos tribunales mantienen un equipo de mediadores aprobados que ofrecen sus servicios a las partes en litigio, bien sea a petición del tribunal o de las partes mismas.

El segundo contexto en el que se presenta la mediación es el privado. En estos casos, las partes en una controversia se deciden por la vía de la mediación y seleccionan a un mediador entre los numerosos que han entrado en esa actividad y ofrecen sus servicios.

La mediación como técnica de solución de controversias empezó a utilizarse por primera vez en el derecho de familia, probablemente porque la índole de las emociones involucradas en esos casos a menudo provoca graves problemas en la negociación de posiciones y porque las partes, quieran o no, se ven con frecuencia obligadas a seguir manteniendo una relación a causa de los hijos.

El valor de la mediación como instrumento de solución de controversias en el derecho de familia no tardó en ser reconocido, y tanto los tribunales como los litigantes pronto se percataron de que su uso no estaba limitado a las disputas familiares, sino que se podía aplicar también a otros litigios civiles.

Los motivos de la creciente popularidad de la mediación en todos los sectores de los procedimientos contenciosos civiles son abundantemente evidentes:

• *La mediación no es amenazadora. El hecho de que no imponga obligaciones permite a los clientes controlar el resultado.*

• *La mediación es relativamente barata. La mayoría de las sesiones no duran más de uno o dos días.*

● *La mediación da resultados. La mayoría de los mediadores declaran tasas de éxito del 80 al 90 por ciento.*⁶¹

4.3.2. Otros aspectos de la Mediación en los Estados Unidos de Norteamérica

A continuación una variedad de autores de diversos países nos dan su parecer sobre la mediación en Estados Unidos.

La mediación entre otros procedimientos alternativos de solución de conflictos es institucional; es decir, en el problema de administración de justicia, el Estado asume como una verdadera obligación de resolverlo y controlarlo, así como los excesos que la sociedad pueda tener en determinados momentos.

El Dr. Alberto Wray sostiene que a manera de ensayo se viene practicando en los Estados Unidos desde 1976 modos alternativos para resolver los conflictos tomando en cuenta la insatisfacción popular de la administración de justicia y pese a que en este país existe una absoluta rigidez en la aplicación sobre todo de los códigos procesales (la oralidad, la más destacable) para juzgamiento de asuntos penales, la pena de muerte, cadena perpetua, etc., sin embargo como en cualquier otro país la complejidad de administrar justicia es latente en todas partes del mundo. Los pueblos cuando presentan sus primeras manifestaciones de organización, aparentemente no tienen vida, son inertes, pero, a medida que van creciendo y desarrollándose surge la necesidad de implementar tanto normas estatales, como funciones propias de un Estado civilizado; este mismo Estado se ve en la necesidad de crear normas y leyes para que garanticen su estabilidad y la interrelación de sus habitantes. En definitiva a medida que la sociedad va creciendo, las leyes tienen que ir evolucionando, sin ser la excepción el sistema de administración de justicia.

⁶¹GOODIN, Robert A., *PANORAMA GENERAL DE LA SOLUCION ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS*, Department of State, IIP, *Signes of Democracy*, en <http://usinfo.org/mirror/usinfo.state.gov/journals>, última fecha de consulta febrero de 2011.

De allí la importancia de tomar en cuenta el criterio del Dr. Alberto Wray con respecto a la mediación en Estados Unidos: *“La preocupación actual de los llamados medios alternativos de solución de conflictos proviene, en Estados Unidos, de la propuesta formulada por el profesor Frank Sanders en el seno de la conferencia convocada en 1976 para conmemorar el famoso discurso de Pound sobre “Las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia”. Sanders presentó una ponencia titulada “Variedad de solución de conflictos”, en la cual desarrolló la idea de una “corte de múltiples puertas” (multidoor courthouse). La idea central es que en toda pretensión subyace el interés por alcanzar solución a un conflicto, siendo el juicio y la sentencia solo medios para lograrlo. Si lo que importa es la consecución del fin, resuelta legítimo sustituir el medio por otro más eficaz o idóneo, de manera que la demanda, luego de un somero análisis por expertos, podría remitirse, según las características del caso, a un procedimiento de mediación, al conocimiento de árbitros, a distintas modalidades de juicios abreviados “mini trial” o a un juicio regular. La idea, recogida por la poderosa entidad gremial de abogados (American Bar Association), germinó y condujo a que se estableciera el procedimiento con fines experimentales primero, y se generalizara después, llegando a ser adoptado como obligatorio en muchos Estados.*

Hoy, es frecuente que los jueces ordenen a las partes a participar en procedimientos conciliatorios o arbitrales o a someter sus diferencias al dictamen de un perito o de un experto. Todas las facultades de derecho han incorporado a sus planes de estudio no solamente cursos, sino también programas especiales de entrenamiento.

Otra innovación interesante es lo relacionado con el establecimiento de centros de conciliación tanto en zonas urbanas de alta conflictividad como en áreas rurales de difícil acceso. La eficacia de estos establecimientos ha llegado a niveles tan altos y su prestigio se ha incrementado tanto, que las propias cortes les remiten los casos.

Estadísticamente, solo uno de cada cinco vuelve a la corte para continuar el proceso normal.”⁶²

De igual manera *Adriana Waigmaister* brinda un aporte importante sobre la mediación norteamericana, cuando dice: *“En los centros de mediación norteamericanos los reclamos se resuelven en una o dos audiencias, que no toman más de tres semanas con un desarrollo aproximado de una hora y media por acto celebrado. Algunas estadísticas señalan que sobre los 4000 pleitos, un 82% logran conciliar.”⁶³* Dentro de la gran variedad de MASC que son utilizados en los diferentes Estados americanos, la experiencia de la llamada *“Multidoor Courthouse”* o Corte de Múltiples Puertas, es muy interesante, pues es un sistema concebido como un centro judicial donde el reclamo ingresa en el tribunal y un funcionario asesora a las partes sobre las diferentes alternativas para que voluntariamente elijan: arbitraje, mediación, evaluadores neutrales, juicio abreviado, entre otros. Si ninguna de estas variantes es posible, queda naturalmente disponible el proceso regular o tradicional.

Macarena Vargas Pavez, profesora e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, dentro de la revista legal *“Valdivia”*, nos remite en su estudio un dato muy interesante sobre los resultados de la mediación obligatoria en comparación a la voluntaria, así:

“Existe escasa evidencia empírica acerca sobre las diferencias entre la mediación obligatoria y la voluntaria y el impacto de ellas en el sistema de administración de justicia y en los usuarios. Tuve acceso a revisar bibliografía relativa a dos estudios realizados en la década de los noventa en Estados Unidos, que difieren en la metodología empleada, pero que arrojan luces sobre el tema. Uno de ellos que indagó sobre el tratamiento de los casos y los niveles de acuerdo de una experiencia de Multi-Door Courthouse del Estado de Massachusetts muestra que a los programas de mediación voluntaria ingresa un número inferior de casos que a los de mediación obligatoria, pero que los primeros muestran índices más altos de satisfacción y de

⁶² WRAY, Alberto, en *“Ruptura”*: Revista Anual, N°37, Quito, Año XLV, tomo 3, 94, Asociación Escuela de Derecho PUCE, octubre de 1994.

⁶³ WAIGMAISTER, Adriana, *Mediación Familiar*, Enciclopedia de Derecho Familiar, Buenos Aires Ed. Buenos Aires, , 1ª. ed., 1994, tomo III, p. 87.

acuerdos. El otro –sobre la base de encuestas enviadas por correo a los actores de procesos de mediación (partes, abogados y mediadores) – revela que el nivel de acuerdos no sufrió variaciones sustanciales según se trataba de mediación voluntaria u obligatoria (79% v/s 76%), lo que a juicio de los autores demuestra que la mediación es tan exitosa en uno como en otro caso.”⁶⁴

Es necesario aclarar que el menor índice de satisfacción en los acuerdos en el sistema de mediación obligatoria se puede deber a muchos factores que no necesariamente indican su desventaja frente al sistema voluntario como se aprecia del nivel de cumplimiento de los acuerdos citados por la misma catedrática, estos factores pueden ser: una arraigada cultura litigante en la sociedad, la formación litigante de los abogados, la poca difusión de la herramienta en varios sectores especialmente: la escuela, colegio, universidad, en los funcionarios públicos, colegios profesionales, etc., el mal asesoramiento de algunos abogados hacia sus clientes en ir a juicio para ganar más honorarios profesionales, etc.

⁶⁴VARGAS PAVEZ, Macarena, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Revista legal “Valdivia” en www.scielo.cl/scielo, última fecha de consulta 12 de mayo de 2011.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las principales **Conclusiones** encontradas al final de la investigación son las siguientes:

1. La mediación asocia a las partes en la búsqueda de una solución al conflicto, para concretar esfuerzos en restablecer los canales de comunicación, poniendo así a las partes en condiciones de superar el conflicto, haciéndolas artífices de la solución y las consecuencias que acarrea el haber llegado a ella, consolidando las relaciones de las partes para el futuro, llevando el nivel de solución más allá del simplemente ganador-perdedor de la justicia convencional.

El sustento de que la mediación puede ser implementada como requisito previo para los casos de interés público como la contratación pública tiene su fundamento principalmente en tres aspectos: 1) Los índices de efectividad en su aplicación en la legislación internacional, específicamente en Argentina (ver estadísticas Poder Judicial de la Nación, Anexo 1) y USA (Ley que reformó la Justicia Civil de 1990 – PL101-650); 2) Las estadísticas de crecimiento y de efectividad de los Centros de Mediación a nivel nacional, los mismos que fueron proporcionados por el Consejo Nacional de la Judicatura de Ecuador(ver anexo 1); y, 3) El resultado de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes del último año de Derecho de tres universidades de la capital: PUCE, UDLA y UNIBE. (Ver anexo 4 especialmente gráficos 3 y 9)

2. Los MASC y en especial la mediación como se puede apreciar de los cuadros estadísticos y las expresiones vertidas en las entrevistas a Directores de Centros de Mediación de la ciudad de Quito (véase los Anexos 2 y 4)va en aumento constante y el grado de cumplimiento de las actas es bastante significativo, en parte porque son las mismas partes quienes concretan la solución, además de la fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada que caracteriza al Acta de Mediación (sea total o parcial), sin embargo por el número de actas y mediaciones no podríamos concluir que con esto se ha descongestionado de manera considerable el sistema de administración de

justicia en el país o que las personas conocen de la herramienta e intentan solucionar sus problemas de índole administrativo o judicial cualquiera que éstas fueren de manera pacífica teniendo como primera opción el diálogo, se requiere darle un impulso mucho mayor a través de una reforma a la actual Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, que esté bajo los preceptos y puntos de análisis del proyecto de Ley reformativa del presente trabajo de investigación (ver anexo 3).

Los resultados de la encuestas a los estudiantes y docentes de la carrera de Derecho aplicadas en la PUCE, UDLA y UNIBE, confirman la posibilidad de que la mediación con la característica de requisito previo sí podría constituirse en una vía para descongestionar el actual sistema de administración de justicia de una manera considerable.

3. Los pronunciamientos de los estudiantes de Derecho y abogados a los que se les ha aplicado las encuestas no solo evidencian la necesidad de que el Estado difunda y promueva una herramienta constitucional y legalmente reconocida como la mediación sino que se prepare a los diferentes funcionarios públicos y agentes de justicia para que ésta sea aplicada como requisito previo para resolver problemas que son de interés público como la contratación pública, preparación que comprende una inversión estatal y capacitación integral en todo nivel de formación.

4. Datos los resultados de los estudios de percepción de la consultora ISVOS contratada por ProJusticia en 2007 y 2010, refleja que la actual administración de justicia presenta un virtual colapso, consecuencia de una extrema demora en el despacho, lo que preocupa y hace difícil concretar el buen vivir contemplado en la Constitución, constituyéndose el bien común y la justicia un ideal cada vez más difícil de alcanzar.

Lejos de mejorar, con el pasar del tiempo las personas han apreciado un sistema lento y no confiable. Las argucias de algunos abogados, permitidas por el mismo sistema además de dilatar los procesos han abierto más la brecha entre el ser y el deber ser de una justicia que pide cambios radicales. La mediación como requisito previo ha sido considerada por los encuestados de esta investigación como un

método idóneo para solucionar efectivamente los problemas entre el Estado y los particulares, incorporándose a los conflictos en contratación pública como un caso de interés colectivo susceptible de ser solucionado con mediación.

5. El planteamiento de una propuesta de convertir a la mediación como un requisito obligatorio para darle un impulso a la figura, ha generado gran aceptación según los resultados de las encuestas (ver anexo 4) aunque sigue siendo un tema controversial entre los Directores de los Centros, especialmente para aquellos que le temen al cambio y sobre todo al cómo se implementará, ya que más allá de la experiencia en otros países importa mucho el cómo lo ajustemos a nuestra realidad, sin embargo las estadísticas internacionales como las de Argentina confirman la eficacia de la mediación con esta modalidad, esto sin mencionar la cantidad de países que han acogido a la herramienta como requisito previo sea en su generalidad o en determinadas materias como Niñez y Adolescencia.(Ver Anexo 1, estadísticas del Poder Judicial de la Nación)

6. Se puede concluir que, tomando en cuenta las entrevistas aplicadas hay un grave problema en el sistema de justicia, ya que más allá de la poca inversión económica estatal en el sector justicia, de falta de personal en los Centros de Mediación, la casi inexistente difusión a la ciudadanía de los MASC y la poca capacitación a los funcionarios del sector público sobre la existencia y utilización de la herramienta, se suma el temor de los funcionarios públicos que acuden a una audiencia de mediación ante una eventual glosa de la Contraloría General del Estado, por su actuación o más bien por el resultado de la misma, por lo que no se pueden concretar acuerdos y por lo tanto es difícil llegar a la suscripción de Actas de acuerdo total así como de acuerdo parcial, manteniéndose las de imposibilidad, estadísticas muy altas que no siempre son reflejadas por los Centros.

Ante el problema planteado, se ha propuesto en el presente trabajo la inclusión en las audiencias de mediación de representantes de la Contraloría y la Procuraduría para dar mayor validez y supervisar el acuerdo económico y jurídico en el proceso.

7. El Estado no ha dado un apoyo a los Centros de Mediación y en relación con el número de habitantes es marcada la necesidad de crear más, un ejemplo de ello es que en el país de las 72 universidades solo 4 cuentan con Centros de Mediación: la Universidad Católica del Ecuador, PUCE; Universidad Técnica Particular de Loja, UTPL; la Escuela Politécnica Ecológica Amazónica (ESPEA); y, la Universidad San Francisco de Quito, USFQ. La falta de un programa de seguimiento a los Centros creados, está relacionada con la realidad caracterizada por un debilitamiento orgánico e institucional hasta llegar a su definitivo cierre. Es decir, parecería que es necesario un proyecto de sostenibilidad, de ahí la importancia de capacitar a los funcionarios de los Centros en temas de administración, capacitación, difusión, plan anual de actividades, etc. Más preocupante es que no se sabe qué pasa con las actas cuando se cierra un Centro, sin mencionar que los Centros están ubicados discrecionalmente por quienes los dirigen y no en los sectores que presentan mayor conflictividad.

8. Se necesita que según lo propuesto en la Ley Reformatoria y en atención a lo sugerido por los Directores de los Centros de Mediación consultados en la entrevista aplicada en este estudio (Ver Anexo 2), se tomen en consideración los aspectos claves para su implementación, esto es, creación de Escuela y Registro Oficial de Mediadores, el financiamiento e infraestructura necesarios para su implementación, los servicios deben ser gratuitos, los mediadores en el sector público deben ser necesariamente abogados, se debe difundir y promocionar la herramienta a nivel de toda la ciudadanía y en especial a los funcionarios judiciales para que luego de capacitarse la usen. Por otro lado, se debe aumentar el presupuesto para la remuneración de los mediadores ya que hoy en día es muy simbólica y no están acordes a la formación profesional de los mediadores.

9. Hay poca o casi ninguna derivación de casos por parte de los jueces. Por lo que es prioritario socializar la mediación con los funcionarios judiciales e instar como política de Estado su utilización para la aplicación del Art. 190 de la Constitución.

10. Respecto de los Centros de Mediación del Estado, es decir de la Función Judicial, prestan un buen servicio y reportan uno de los mayores números de actas de acuerdo

total y parcial, sin embargo carecen del personal suficiente para atender la demanda de la población sin mencionar que necesitan una infraestructura adecuada. En Quito - por ejemplo-, actúan cuatro personas pero el caso más preocupante ocurre en Guayaquil en donde una persona cumple funciones de secretaria y de dirección, a la vez, por lo que esto amerita una intervención urgente del Consejo de la Judicatura.

11. Hay una gran aceptación de los estudiantes y docentes universitarios de Derecho acerca de la idea de implementar la mediación como requisito previo, y aunque la opinión de los Directores es dividida, más de la mitad de los entrevistados en el estudio coinciden con la iniciativa. A esto se suman las estadísticas internacionales de eficacia, especialmente de Argentina, país que después de 16 años de aplicarla le sigue apostando al sistema de mediación obligatoria y lo sigue mejorando.

12. Finalmente, se ha confirmado la hipótesis del presente trabajo de investigación, es decir, que sí es factible utilizar a la mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en temas de interés público, como es el caso de la contratación pública. Los resultados de las encuestas confirmaron que aunque la mediación es un buen método y efectivo para solucionar problemas y su crecimiento es constante, su utilización ha sido insuficiente para descongestionar considerablemente el sistema de justicia, siendo necesaria su implementación con la característica de requisito previo a iniciar cualquier acción en la justicia convencional para que se produzca un cambio significativo que mejore el sistema.

RECOMENDACIONES:

1. Sugerimos implementar una reforma legal en la Codificación de la LAYM que incorpore a la mediación como una herramienta eficaz de solucionar los conflictos, la misma que deberá comprender varios ámbitos de acción para afrontar el conflicto desde la escuela, colegios, universidades, colegios de abogados, funcionarios judiciales, comunidades, etc.

2. En la reforma a la LAYM planteada (Anexo 3), aporte medular de la investigación, se debe agregar otros factores que por ser importantes se tornan claves para evitar su fracaso, entre ellos se encuentran:

a) Un cambio de mentalidad en la población en general y especialmente de los funcionarios públicos, la misma que debe empezar a forjarse desde la escuela, el colegio, la universidad, para lo cual convendría que el Estado implemente programas de mediación escolar, ya que es crucial construir un nuevo ciudadano con un abanico de posibilidades para llegar a conseguir su derecho en la Administración de la Justicia. El problema de la conflictividad es sin duda cultural, por lo que es recomendable establecer programas que incentiven el diálogo y la construcción de acuerdos que permanezcan en el tiempo.

b) Las universidades además de preparar abogados litigantes deben preparar abogados especialistas o con perfil en solución de conflictos, para ello no es suficiente incorporar una materia de MASC a la malla de estudio o pensum porque con sesenta u ochenta horas de preparación no se cambian cinco años de estudio en cómo litigar. El aumento de horas dedicadas a los MASC convendría que impliquen una práctica especializada, organizada con la eficacia y la experiencia indispensables. La preparación así concebida podría incorporar al título un énfasis o especialización en MASC.

3. Es recomendable además que el Estado incorpore como política la difusión y promoción de la mediación, evitando confundir el tema con propaganda esporádica o documentales que traigan como consecuencia incesantes llamadas a los Centros de Mediación, ya que no se trata de asesoría legal gratuita de los mismos sino más bien de una educación ciudadana para construir la mentalidad y la cultura del diálogo y de acuerdo para sustituir el litigio.

4. La implementación de la mediación como requisito previo no es una propuesta que se basa en un tema de moda o coyuntural, ya que la etapa de prueba para ella ya ha sido superada en países como Argentina, contándose al momento con estudios y resultados serios de cómo mejorarla, los mismos que han sido incorporados en la

propuesta de reformatoria de la Ley de Arbitraje y Mediación que proponemos en este trabajo investigativo. (Anexo 3)

5. La mediación como requisito previo requiere un apoyo financiero importante al sector Justicia, especialmente para la infraestructura necesaria de los Centros de Mediación y para la capacitación a todos los agentes de justicia involucrados en el sistema como: abogados, jueces, funcionarios judiciales, funcionarios públicos en general, entre otros, previa a su implementación y funcionamiento.

6. Se recomienda además que para dar impulso a la mediación en el sector público se dicten reglas claras de actuación a los funcionarios del Estado sobre las materia transigibles y la manera de proceder en una audiencia de mediación para que no los abrume el temor hacia una eventual glosa de la Contraloría General del Estado o la pérdida de su trabajo. Para ello deben trabajar conjuntamente los funcionarios de la Procuraduría General del Estado con los funcionarios de la Contraloría General del Estado en coordinación con el Centro de Mediación, en la aplicación de la normativa aplicable y deberían acudir a las audiencias de mediación y dar mayor tranquilidad a las partes que van a mediar. Además se debe dejar en claro el tema del límite de la confidencialidad, especialmente en temas de salud pública y seguridad nacional.

Se debe tener cuidado en no confundir el tener reglas claras para la mediación en el sector público con la burocratización del tema, que es algo a lo que no se quiere llegar jamás, así como tampoco perder la flexibilidad propia del proceso de mediación.

7. El Estado debe difundir y promocionar la Mediación a todo nivel, para lo cual debe contar con la ayuda asistencial de varios Ministerios como el de Educación, Justicia, Relaciones Laborales, Talento Humano, etc., para que coadyuven a implementarla, pero siempre se debe tener en cuenta que crear más centros de Mediación no soluciona el problema ya que el origen de la problemática es un asunto cultural y si no tomamos en cuenta las consideraciones antes mencionadas en el proyecto de reforma de Ley a la LAYM, podría tornarse infructuoso el esfuerzo.

8. Para contar con un personal capacitado en mediación en el sector público se debería contar con una Escuela de Formación de Mediadores así como un Registro oficial bajo los parámetros y observaciones hechas a lo largo de la investigación, para lo cual es importante tomar en cuenta el apoyo del sector privado, de los Centros de mediación, quienes hasta la fecha han venido estableciendo los estándares de capacitación, tanto en lo teórico como en lo práctico. El Estado requiere de la experiencia de profesionales que han tomado la posta y han realizado importantes aportes académicos para el fortalecimiento de la herramienta y más si se quiere implementar a la mediación como requisito previo obligatorio en temas de interés público como la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros, artículos y revistas

1. BRANDONI, Florencia, Mediación Escolar, Propuestas, reflexiones y experiencias, Buenos Aires – Argentina, Edit. Paidós Educador, 1999.
2. COLEIRO, Juan Pedro; ROJAS A, Jorge, Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998.
3. EGUIGUREN, Genaro, (2001), Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos, Corporación Editora Nacional, UASB, Quito: Volumen 15, Serie Estatutos Jurídicos, 2001.
4. ERTEL, Danny, Resolución Alternativa de Conflictos, R.A.C., Proyecto de Negociación de Harvard, Ed. McGraw Hill, 1996.
5. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y Otros, Una nota sobre el interés público como concepto jurídico indeterminado, CIVITAS, Revista Española de Derecho Administrativo, Nro. 89, enero-marzo, Editorial Civitas, 1996.
6. GARCÍA RODRÍGUEZ, Franklin, La conciliación en derecho administrativo, ¿un reto para la justicia administrativa?, Bogotá, primera edición, Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2004.
7. GROVER DUFFY, Karen, La Mediación y sus contextos de aplicación, Buenos Aires – Argentina, 1ª edición, 1996.
8. HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso, “Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia”, 3ra ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2002.
9. JHONSON W. David y JHONSON T, Roger, Cómo reducir la violencia en las escuelas. Ediciones Paidos Educador, 1999.
10. Justicia y Sociedad, Hacia un mejor servicio público de justicia, División de Desarrollo de la Gestión y Gobernabilidad, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, España, publicación semestral, 1999.
11. MOROCHO MONCAYO, Jorge, La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana, Riobamba, Ed. EDIOCENTRO, 1ª. ed., 2004.
12. NAN ARON: Libertad y justicia para todos, El derecho de interés público y su futuro cercano, en Alliance for justice. Westview Press, Colorado, 1989.
13. Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia, Gestión Alternativa del Conflicto, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de las Américas – ProJusticia, 2001.
14. THRUSH, Arlin R., PUBLIC HEALTH AND SAFETY HAZARDS VERSUS CONFIDENTIALITY: EXPANDING THE MEDIATION DOOR OF THE MULTI-DOOR COURTHOUSE, Copr., en Journals of Dispute Resolution, University of Missury-USA, 1994.

15. The Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), Report N° 1, "Mandated participation and settlement coercion: dispute resolution as it relates to the courts", en Nolan-Halley, J., *Alternative Dispute Resolution*, West Publishing Company, Minnesota, 1991.
16. WAIGMAISTER, Adriana, "Mediación Familiar", *Enciclopedia de Derecho Familiar*, Ed. Universidad de Buenos Aires, tomo III, 1994.
17. VARGAS PAVEZ, Macarena, *MEDIACIÓN OBLIGATORIA. ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN*, *Revista de Derecho Valdivia*, 2009.
18. VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, *Algunos Apuntes Preliminares y Doctrinarios Sobre La Mediación*, Quito, CIDES NED, 2004, 1ª. ed.
19. WRAY, Alberto, *Revista Anual "Ruptura"*, Asociación Escuela de Derecho PUCE, Quito, Año XLV, N° 37, tomo 3.
20. Pág. Web
21. ABA/USAI, Proyecto para la Mediación en México, (2002), en www.mediaciónenmexico.org.
22. *El Proceso de Mediación*, Ed. Granica, 1995, Buenos Aires – Argentina, en www.conflictología.net
23. GOODIN, Robert A., *PANORAMA GENERAL DE LA SOLUCION ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS*, Department of State, IIP, *Sigues of Democracy*, <http://usinfo.org/mirror/usinfo.state.gov/journals/itdhr/1299/ijds/goodin.htm>.
24. www.mediacionnegociada.com, última fecha de consulta 13 de marzo de 2011.
25. MOORE, C, (1986), *El Proceso de Mediación*, Ed. Granica, 1995, Buenos Aires – Argentina, en www.conflictología.net.
26. ZURITA GIL, Eduardo, *La mediación en la Constitución y la ley*, en www.petroecuador.com.ec.
27. www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judiciales/PAGINAS/D.Trabajo
28. www.solucione negociada.com
29. www.mediacionarbitraje.eu
30. www.derechoecuador.com/index.php?option=com
31. www.derf.com.ar/despachos.asp
32. www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales
33. <http://www.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines/especiales>.
34. www.scielo.cl/scielo
35. www.derf.com.ar/despachos.asp
36. Leyes consultadas
37. *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios de Estudios y Publicaciones, 2008.

38. Codificación Ley de Arbitraje y Mediación, Corporación de Estudios de Estudios y Publicaciones, 2009.
39. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, Reglamento General a la LOSNCP.
40. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.
41. Ley de Defensa del consumidor.
42. Código de la Niñez y Adolescencia.
43. Ley Orgánica de la Función Judicial.

ANEXOS

Anexo 1: Estadísticas Centros de Mediación (cuadro consolidado de Centros a nivel nacional)

Anexo 2: Entrevistas a los Directores, Subdirectores de los Centros de Mediación de Quito.

Anexo 3: Propuesta de Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Anexo 4: Resultado de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes de Derecho de las Universidades PUCE, UDLA, UNIBE.

CUADRO CONSOLIDADO DE ESTADÍSTICAS CENTROS DE MEDIACIÓN A NIVEL NACIONAL

No.	CENTROS DE MEDIACIÓN	MATERIAS DEL CENTRO	AÑO	SOLICITUDES DE MEDIACIÓN PRESENTADAS	ACTAS DE ACUERDO TOTAL	ACTAS DE ACUERDO PARCIAL	ACTAS DE IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO	CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD	PROCESOS SECTOR PRIVADO	PROCESOS SECTOR PUBLICO	POR SOLICITUD DIRECTA SIN JUICIO	POR SOLICITUD DIRECTA CON JUICIO	POR DERIVACIÓN
1	Procuraduría General del Estado	Contratación Pública, Civil, Menores, Administrativo, Laboral, Tránsito, Inquilinato, Limitación territorial	2010	100	25	1	13	29	523	325			
2	Fundación Fabián Ponce	Niñez y Adolescencia, Inquilinato, Laboral, Civil	2007	297	134		22	141					
			2008	298	128		20	48					
			2009	352	255		35	73					
			2010	436	338		34	91					
3	Cámara de Comercio de Quito	Comercial	2006	224	70		80	53					
			2007	257	84		80	55					
			2008	284	98		92	47					
			2009	283	111		70	56					
			2010	304	102		74	63					
4	Función Judicial de Quito	Civiles, Niñez, Laboral, Inquilinato, Administrativo, Penal, Tránsito	2000	61									
			2001	220									
			2002	357									
			2003	375									
			2004	502									
			2005	601									

			2006	690									
			2007	650									
			2008	764									
			2009	1339									
			2010	914	612		301			822	52	40	
5	"Armada Nacional" (CENMAN)	Deuda, Pensión de alimentos, Conflictos de pareja/yo familiares, Paternidad, Repartición de Bienes muebles e inmuebles	2010	90	16		11	13					
			2011	39									
6	Corte de Justicia de Portoviejo		2005-2007		1169	3	201						
			2008	1174	380	2	249						
			2009	1703	576		439						
			2010	1206	413		341						
			2011	5732	2608	5	1269						
7	Función Judicial del Cañar		2010	83	6		5	72					
8	Ministerio de Defensa Nacional /Fuerzas Armadas	Fijación de pensión, pago deudas, partición de bienes y divorcio, ayuda económica para estudios, posesión de vivienda, ayuda prenatal, divorcio mutuo acuerdo	2010	564	435		61						
9	Superintendencia de Compañías		2010	74	23	1	5	12					

10	Centro de Mediación de la Universidad del Azuay		2010-2011	24	23		1						
11	Centro de Mediación de la Universidad Técnica Particular de Loja	Alimentos, incumplimiento de contrato, laboral	2009-2010	128	50		8						

*Cuadro elaborado por José Javier Guamán Burneo, sobre la base de información estadística proporcionada por el Consejo Nacional de la Judicatura. Mayo 2011

ANEXO 1

Análisis Centro de Mediación de la PGE: los resultados arrojan un porcentaje significativo de asuntos públicos tratados aunque en menor cantidad a los privados. De los asuntos de mayor relevancia en lo público constan los relativos a: contratación pública, civil, menores y laboral. Si bien es cierto hay un número considerable de actas de acuerdo es alarmante el número de actas de imposibilidad, lo que confirma la preocupación de los Directores de Centros de Mediación respecto del miedo de los funcionarios públicos a mediar, más aún a alcanzar un acuerdo por el temor a una eventual glosa de la Contraloría General del Estado. (Ver entrevistas anexo 2).

Análisis del Centro de Mediación de la Fundación Fabián Ponce, desde el año 2008 ha tenido un aumento sostenido de solicitudes de mediación, y por ser un Centro especializado y gratuito sus mediaciones versan sobre materia de índole familiar con un alto índice de efectividad, es decir de actas de acuerdo total que en promedio de los 4 últimos años está en el 85%. Sus casos abordan principalmente alimentos, tenencia, visitas y reconocimiento. Se puede apreciar que en el ámbito familiar la mediación funciona muy bien.

Análisis Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Quito: el Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, presenta una gran trayectoria y es uno de los primeros en el país. Aunque se deduce que los temas mediados pertenecen al tema comercial en las estadísticas presentadas al Consejo Nacional de la Judicatura no se hace un detalle de lo tratado a diferencia de los demás centros que sí lo presentan. Hay un crecimiento constante en las solicitudes de mediación desde el año 2006 aunque dicho porcentaje es pequeño. Se denota también que las actas de imposibilidad y la constancia de imposibilidad superan el porcentaje de actas de acuerdo total, esto en todos los años. Hay un elemento que no es claro y que no refleja a qué componente pertenece, “otros”, presente en todos los datos estadísticos y que supera en promedio el 15% de los resultados estadísticos. El centro cuenta actualmente con importantes mediadores de larga trayectoria y preparación académica.

Análisis del Centro de Mediación de la Función Judicial de la ciudad de Quito: es uno de los más representativos dentro del sector público y el que mayor número de casos presenta. Es importante los resultados que presenta porque refleja el poco interés de los jueces para derivar las causas a mediación, por ejemplo en el año 2010, de las 914 solicitudes de mediación solo 40 pertenecen a derivación, y de esas 914 solo 52 corresponden a solicitud directa con juicio, lo que apoya los pronunciamientos y percepción de los estudiantes, docentes de derecho y directores y subdirectores de Centros de Mediación, esto es, la poca importancia que los agentes de justicia, especialmente jueces y abogados dan a la mediación, poniéndola en un segundo plano, tomando en cuenta que es un método constitucional y legalmente reconocido y que para los 15 años de trayectoria no es representativo el número de casos tratados por los Centros para descongestionar y darle mayor dinamismo a la administración de justicia.

Los casos que más se tratan en el Centro son los relativos a temas civiles, niñez, labora e inquilinato. No deja de ser interesante que se incluya en los datos el tema penal, que es una materia de naturaleza restringida en mediación, sería bueno que se especificara que caso se trató.

El número de acuerdos que llega al 67% frente a un 33% de imposibilidades, denota una efectividad relativa en comparación a los datos arrojados por los demás centros aunque esto también debe contrastarse con la complejidad de casos que se tratan en el Centro. El crecimiento es constante y sostenido desde su inicio en el 2000 con 61 causas en la actualidad tiene más de 10 veces esa cantidad esto es 920.

Hay que tomar en cuenta que en la realidad este Centro sin duda importante no solo por la cantidad de casos que trata sino por la complejidad de los mismos recibe poco presupuesto de la Función Judicial para su funcionamiento y en consecuencia su cuerpo de mediadores es sumamente reducido y por lo tanto la eficiencia se puede ver reducida por la cantidad de casos que trata cada uno de los profesionales que cumplen su papel de mediadores.

Análisis estadísticas nacionales: de los diferentes centros de mediación tanto públicos como privados se aprecia que el tema de mayor tratamiento es el familiar con

excepción del centro de la Procuraduría General del Estado, en donde prima los conflictos derivados de la contratación pública. Por otro lado, se aprecia que las estadísticas enviadas al Consejo Nacional de la Judicatura no tiene un formato único o estándar y por lo tanto muchas veces no se especifica la información enviada dando lugar a dudas, imprecisiones e interrogantes, por ejemplo al utilizar dentro de los porcentajes de casos el “otros”. Sin lugar a dudas desde el nacimiento de la ley hasta la actualidad, es decir, 14 años, hay más de 100 centros de Mediación a nivel nacional (según Censo Nacional ProJusticia, oct.2010), de los cuales casi 50 se ubican en la capital, pese a ello no se ha podido descongestionar la labor de la administración de justicia, estos datos no solo son el resultado de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes de derecho de 3 universidades de Quito, sino también son el resultado de un estudio sobre percepción de administración de justicia contratado por ProJusticia.

Es de destacar que a pesar de la poca difusión y promoción de los métodos alternativos de solución de conflictos, éstos y especialmente la mediación han tenido una aceptación en la ciudadanía, resultado de ello es el crecimiento continuo de los Centros de Mediación y de los casos que llevan. De la visita “in situ” a los Centros, se observó además que estos no cuentan con el suficiente personal para evacuar los casos, además se pudo apreciar también que con frecuencia se llama a mediar a los mismos profesionales, esto se puede deber a la confianza que el Director del Centro a depositado en determinadas personas, otra causa puede ser que los honorarios por mediar son en el país todavía bajos y a no todos les interesa prestar su contingente para ello o también puede deberse a un favoritismo en pocas personas que no permite a los demás inscritos practicar lo aprendido, sin descarta que coincidan varias posibilidades.

Es preocupante también que los Centros no tengan un sistema de seguimiento a las actas de mediación acerca de su cumplimiento. También un tema que concierne a este estudio es la capacitación de mediadores que no está reglada por el Consejo de la Judicatura sino que es el resultado de estándares producto del consenso por parte de los Directores de Centros.

Después de un tema notablemente sensible que es perfectamente mediable como lo es el familiar, se aprecia la frecuencia de temas laborales, civiles, y otros en menor porcentaje como inquilinato, administrativo, tránsito, deudas, contratación pública, etc.

DATOS Y ESTADÍSTICAS INTERNACIONALES DE MEDIACIÓN

ALGUNOS PAÍSES DE AMÉRICA Y ESPAÑA

Venezuela:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorgó rango constitucional a los MARC, en su artículo 258, el cual dictamina: *“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*. Así mismo, en el Art. 253 encontramos: *“El sistema de justicia está constituido por... Los medios alternativos de justicia”*.

En lo referente a la mediación, el análisis estadístico refleja que es mencionada en diversas oportunidades en sus códigos, leyes ordinarias, leyes orgánicas, decretos, reglamentos, normas y resoluciones administrativas nacionales, pero en la gran mayoría de los casos la referencia se hace más bien en sentido de intermediación de funcionarios o agentes en el ejercicio de sus funciones. No obstante, encontramos excepciones como el Decreto No. 3.152 donde se establece que la Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá un procedimiento de conciliación, mediación y solución alterna de conflictos. En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, reafirma a la mediación como modo de solución de conflictos junto con la conciliación, en diversos artículos como el 194, que se refiere a la acción en la libertad sindical. En dicho reglamento en el artículo 202 se establece el Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED), adscrito al Ministerio del Trabajo y la Comisión Nacional de Arbitraje y Mediación (Art.216)

COLOMBIA: Al igual que Argentina ha sido pionero en Latinoamérica en la instauración de la solución judicial o extrajudicial de conflictos, durante tres lustros los legisladores

colombianos han promulgado leyes sobre la materia, actualizando las normas, hasta llegar a la última modificación que resultó en la Ley 640 de 2001 sobre Conciliación. Dicha ley fue promulgada en Enero 2001, mediante la cual se hizo obligatoria la conciliación antes de acudir a otras instancias judiciales ordinarias. Con esta nueva ley se espera no solo descongestionar los despachos judiciales del país, sino que mediante conciliación se podrán arreglar asuntos de custodia, cuidado personal, visitas y protección de menores, fijación de cuotas alimentarias, declaración de la unión marital de hecho y las disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución y terminación de contratos civiles y comerciales, tales como compraventa, arrendamiento y prestamos entre otros. Con la aplicación de la ley 640 se espera además solucionar, antes de pasar a los estrados judiciales, cerca del 65% de los 600 mil casos que anualmente entran a la justicia ordinaria en Colombia, lo que implica una descongestión de por lo menos 390 mil casos al año.

CHILE: Desde el 15 de junio de 2009, entró en vigencia la primera etapa de implementación de la Mediación Familiar Previa y Obligatoria, según la cual se debe intentar un proceso de mediación familiar antes de entablar una demanda judicial por las materias de alimentos, cuidado personal o relación directa y regular.

El Sistema Nacional de Mediación Familiar fue instaurado en el año 2005 por la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, estableciendo la necesidad de generar una oferta permanente de mediación familiar a lo largo y ancho del país la que, a su vez, fuese administrada por el Ministerio de Justicia. La norma citada establecía la derivación voluntaria a mediación familiar desde los tribunales con competencia en asuntos de familia, lo que fue modificado en el año 2008 por la Ley N° 20.286, que consagró la obligatoriedad de asistir a un Centro de Mediación contratado por el Estado para intentar un proceso de mediación, antes de entablar una demanda judicial.

En el contexto descrito, ha sido la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, la encargada de llevar adelante la implementación del Sistema Nacional de Mediación

Familiar, realizando licitaciones en cada región con la finalidad de contratar mediadores familiares que puedan llevar a cabo los procesos de mediación.

A modo de referencia, es posible señalar que actualmente existen 176 Oficinas de Mediación Familiar Licitada en las 15 regiones del país, en los que trabajan más de 320 mediadores diariamente.

En los dos años de vigencia de la mediación familiar previa y obligatoria, han ingresado un total de 328.583 casos que han sido derivados por los Tribunales de Familia (40,15%), por las Corporaciones de Asistencia Judicial (20,8%), o bien, han ingresado espontáneamente (39,05%), cuando han sido los propios usuarios quienes han requerido una mediación.

Asimismo, del total de casos ingresados, a continuación se muestra el porcentaje de acuerdo alcanzado respecto de aquellas mediaciones en que, al menos, se realizó una sesión conjunta:



Finalmente, es importante señalar que, si bien la mejora continua de la calidad del servicio prestado por los Centros licitados es un desafío permanente para el Ministerio de Justicia, la incorporación de la Mediación obligatoria al sistema de justicia de familia representa una posibilidad real de que cada vez sean más los chilenos y chilenas que

puedan acceder a una mediación de calidad, permitiendo la gestión y resolución de los conflictos familiares por medio de la construcción de acuerdos que mejoren la convivencia. Lo anterior, representa un gran avance en el mejoramiento del acceso a la justicia.¹

EL SALVADOR: El Salvador tiene desde antigua data prevista la conciliación tanto en la legislación civil, familiar, de tránsito, laboral, y actualmente en penal de menores y de adultos. En la mayoría de los casos está prevista intraprocesalmente y en casos específicos con carácter previo al juicio (extraprocesal). Está regulada en varios cuerpos normativos, entre ellos: Ley Procesal de Familia, Código Procesal Penal, Ley del Menor Infractor.

NICARAGUA: La ley Orgánica del Poder Judicial, dictada en 1998, estableció la mediación judicial obligatoria en todas las materias salvo la penal.

PARAGUAY: El 13/11/97 se publicó en el Diario Oficial la ley Nº 26.876 que regula, entre otros temas, la Conciliación Prejudicial Obligatoria. La obligatoriedad de la conciliación rigió dos años después de su sanción.²

ITALIA: El Ministerio de Justicia: Una mediación para reducir el número de nuevas causas.



Foto: Ministerio de Justicia en Roma.
Agosto de 2011.

Roma, lunes 04 de abril de 2011 –“Se llama mediación obligatoria, es la novedad que debería desbloquear la parálisis de la justicia civil italiana.

En los litigios entre los ciudadanos, entre ciudadanos y empresas, a partir del pasado 21 de marzo, antes de dirigirse a los

² www.econlink.com.ar, última fecha de consulta 2 de agosto de 2011.

tribunales es necesario ponerse en contacto con un mediador, en otras palabras un profesional reconocido por el Ministerio de la Justicia.

El mediador intentará lograr un acuerdo entre los que disputan. Si no se logra una solución entonces sí se irá a juicio. La mediación es obligatoria para las discusiones relacionadas a: propiedad, alquileres, herencia, responsabilidad de los médicos, contratos con bancos y aseguraciones.

En un año espera el Gobierno, se aprobará la mediación obligatoria también para las discusiones de condominio y las compensaciones por accidentes de tráfico. Mientras tanto, los abogados protestan, porque dicen, los acuerdos no tutelan y los juicios disminuirán. O sea que perderán clientes.

*Según el gobierno, con la 'mediación obligatoria' los ciudadanos ahorrarán y la justicia se hará más eficiente. La situación es grave: en Italia hay 5 millones y medio de juicios pendientes y cada proceso dura alrededor de 12 años”.*³

PERÚ: este país desde el 27 de octubre de 1997 cuenta con la Ley N° 26872 de conciliación obligatoria, la misma que en su artículo 9 define las materias en las que se aplica, así: **“Artículo 9.- Materias conciliables.- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. También lo son las que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que se deriven de la relación familiar. El conciliador tendrá en cuenta el interés superior del niño.**

La conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la ley.

No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.”. La Ley 26872 cuenta con su

³ <http://www.expresolatino.net/noticias/italia/692-qmediacion-obligatoriaq-antes-de-ir-a-juicio>, última fecha de consulta 2 de agosto de 2011.

Reglamento expedido el 12 de noviembre de 1997 y publicado el 13 del mismo mes y año.

México. Estos son sólo algunos ejemplos de la manera en que la mediación en México está sentando las bases para un acceso a justicia expedita y efectiva, sembrando una cultura de diálogo y paz en la sociedad del país.

Oaxaca

Tras un año de operaciones, el Centro de Mediación del TSJ en Oaxaca había aperturado 608 claves de casos para mediación. En su segundo año, este número se dobló a 1280, resultando en el beneficio directo de 2885 personas atendidas por el centro en dicho periodo. El Centro de Mediación en Oaxaca ha renovado el nivel de confianza que tiene la comunidad de Oaxaca hacia la administración de justicia y hacia los medios alternativos de solución de conflictos. La tasa de éxito (medida por la conclusión positiva de un acuerdo entre las partes) en el Centro es de un 75-80% de los casos mediados.

Puebla

Al cumplir un año de haber comenzado a ofrecer sus servicios, el Centro de Mediación del TSJ en Puebla había aperturado 1684 casos. En el primer semestre del segundo año de operaciones, ya habían abierto 1108, proyectando que al concluir el segundo año habrán doblado el número de casos de su año inaugural. De los casos recibidos, 81% han sido conducidos a través de la mediación, 2% han sido resueltos por orientación y 7% han sido canalizados a otras instancias. De los casos que sí son atendidos a través de la mediación, un impresionante 89% han resultado en acuerdo positivo entre las partes, poniendo fin a su conflicto. 7% aún estaban siendo procesados al ingresar estos datos al presente documento y solamente 4% habían resultado en un “no acuerdo.”

Guanajuato

Después de tan sólo dos meses de operación, el Centro de Mediación en Guanajuato había recibido 500 solicitudes para mediar. En esos dos primeros meses, 160 casos

resultaron en un acuerdo positivo entre las partes. En el Centro de Mediación de Guanajuato, un caso toma en promedio 8 días hábiles para llegar a su resolución.

Algunos de los conflictos que se han tratado en el centro llevaban hasta 10 años sin ventilarse a través de los procedimientos tradicionales.⁴

España: se ha instaurado la mediación como requisito previo a la vía judicial para resolver casos de familia y laboral que son los más comunes y susceptibles de ser mediados, es así como el Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, faculta al Instituto de Mediación a asumir y tratar los asuntos laborales de manera previa a instaurar un juicio, tales como: Estatutos de los sindicatos de trabajadores y Asociaciones Empresariales; Documentación relativa a las elecciones efectuadas conforme Real Decreto 3149977; Convenios y demás acuerdos colectivos concluidos entre empresarios y trabajadores o entre Sindicatos y Asociaciones y Organizaciones Empresariales, así como también asumirá la expedición de certificaciones de documentación en depósito.

En Argentina: LEY DE MEDIACION Y CONCILIACION. Ley 24.573. Boletín Oficial, 27 de octubre de 1995. Art.1: *“Instituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”*.

Ley 13951 de Mediación Obligatoria de la Provincia de Buenos Aires: Art. 1º: *“Establécese el régimen de Mediación como método alternativo de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de la Provincia, declarándose de interés público. ...”*

⁴ México, fuente proyecto para la mediación en México ABA USAID baseswiki.org

MEDIACIÓN

Mediaciones oficiales de sorteo

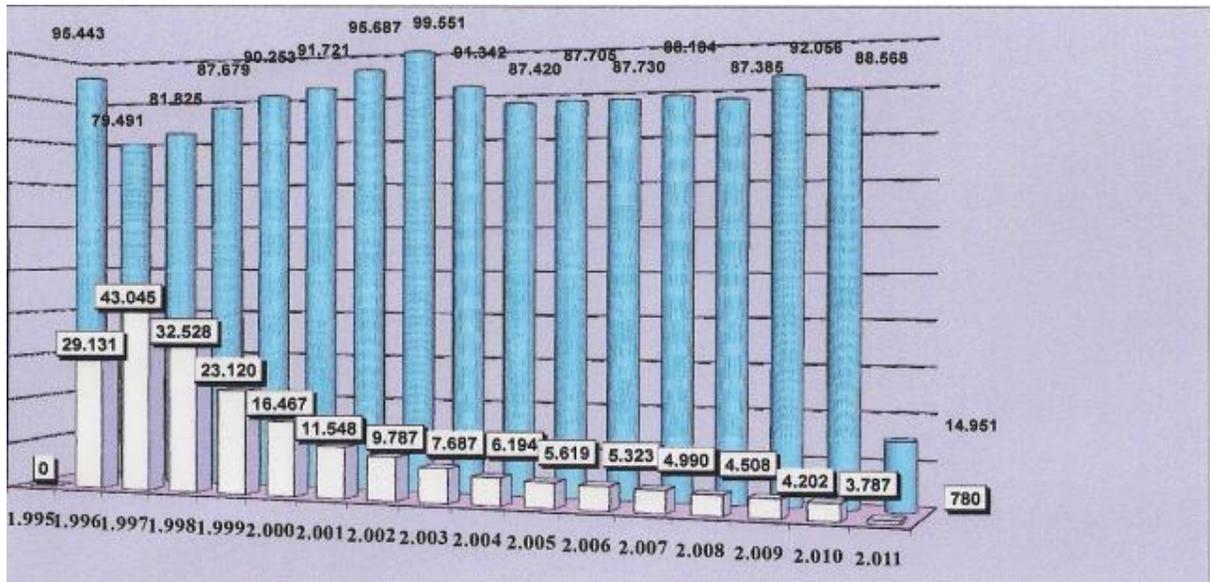
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

23/04/1.996 - 08/04/2.011

Acciones judiciales y de mediación en el Fuero Civil de Capital Federal 23/04/1996 –

08/04/2011

	1.995	1.996	1.997	1.998	1.999	2.000	2.001	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010	2.011
Mediaciones de sorteo	0	29.131	43.045	32.528	23.120	16.467	11.548	9.787	7.687	6.194	5.619	5.323	4.990	4.508	4.202	3.787	780
Juicios sin ejecuciones fiscales ni sucesorios	95.443	79.491	81.825	87.679	90.253	91.721	95.687	99.551	91.342	87.420	87.705	87.730	88.184	87.385	92.056	88.568	14.951
Juicios	136.983	147.616	186.234	122.793	113.019	110.397	113.016	113.300	108.591	107.193	109.557	104.464	106.401	107.154	108.614	104.873	17.726
Ejecución de acuerdos-med.	-	77	409	412	433	376	460	423	365	267	284	216	244	256	229	213	40
Ejecución de honorarios-med.	-	31	629	1.860	2.135	1.488	1.465	968	1.038	854	726	678	518	800	647	534	103



Mediación de sorteo en el Fuero Civil de Capital Federal
23/04/1.996 - 08/04/2.011

Año	Sorteos	Expedientes judiciales derivados de mediaciones oficiales de sorteo <small>(del mismo año o de años anteriores)</small>	% derivados
1.996	29.131	4.554	15,66
1.997	43.045	14.302	33,23
1.998	32.528	13.747	42,26
1.999	23.120	9.602	41,53
2.000	16.467	6.835	41,51
2.001	11.548	4.695	40,66
2.002	9.787	3.786	38,38
2.003	7.687	3.120	40,69
2.004	6.194	2.161	34,89
2.005	5.619	1.887	33,58
2.006	5.323	1.650	31,00
2.007	4.998	1.600	32,06
2.008	4.808	1.442	31,99
2.009	4.202	1.229	29,25
2.011	3.787	1.209	31,93
2.011	780	283	29,03
Total	208.716	72.059	34,54

EL 34,54% DE LAS MEDIACIONES OFICIALES DE SORTEO VUELVE A LA VIA JUDICIAL, O SEA QUE EL 65,46% **NO SE CONVIERTE EN JUICIO.**

Mediación de sorteo en el Fuero Civil de Capital Federal
23/04/1.996 - 08/04/2.011



Poder Judicial de la Nación

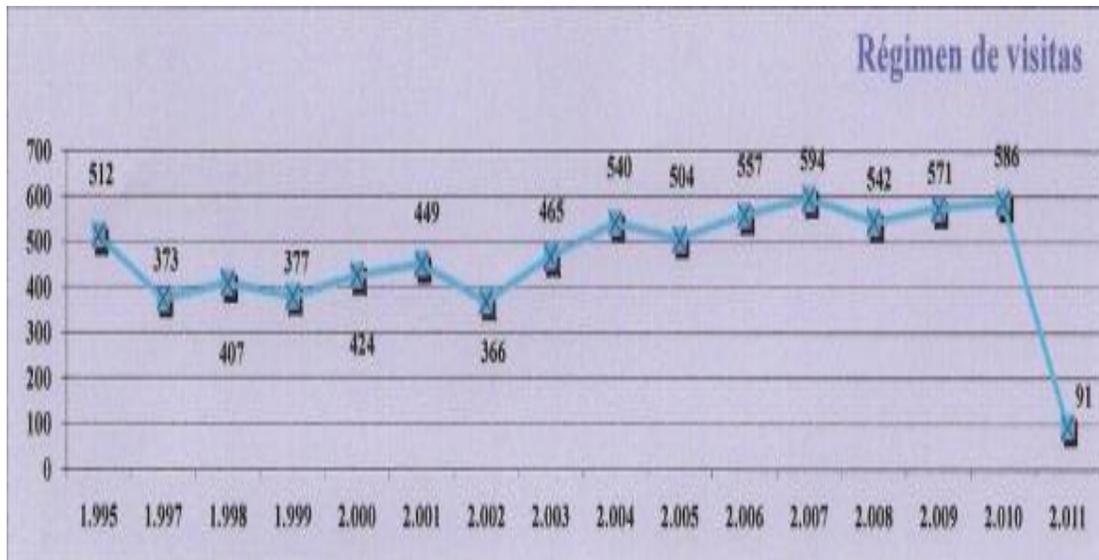
**Incidencia de la Mediación en el Fuero Civil de la Capital Federal
23/04/1.996 al 08/04/2.011**

Objeto de juicio	1.995	1.997	1.998	1.999	2.000	2.001	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	2.009	2.010	2.011
Alimentos	1.695	928	906	929	1.027	1.106	974	1.098	1.193	1.195	1.266	1.292	1.167	1.288	1.212	155
Tenencia de hijos	431	169	202	197	216	223	206	304	323	311	303	335	340	363	351	54
Régimen de visitas	512	373	407	377	424	449	366	465	540	504	557	594	542	571	586	91
Daños y perjuicios (*)	3.253	3.201	4.979	5.195	5.183	4.154	3.666	3.747	3.386	3.594	3.763	3.781	3.696	3.837	3.431	493
Daños y perjuicios - mala praxis médica	213	162	161	157	148	196	143	128	170	239	283	281	288	322	331	61
Daños y perjuicios - accidente sin lesiones	8.881	3.336	3.397	2.992	3.041	2.802	2.373	2.942	3.344	3.634	3.421	3.593	3.282	3.471	3.250	511
Daños y perjuicios - accidente con lesiones	6.062	3.398	3.202	3.162	3.897	4.582	3.715	4.105	4.662	5.813	6.575	7.892	8.799	9.557	9.571	1.688
Cobro de sumas de dinero	1.994	2.528	2.237	1.436	1.578	1.400	1.933	1.678	1.326	1.141	1.627	1.312	828	1.039	994	157
Consignaciones	472	165	168	206	162	206	1.557	728	380	530	299	217	244	201	193	27
Desalijos	7.301	6.676	6.569	6.621	6.037	6.032	6.346	4.990	4.991	5.155	4.759	4.360	4.077	3.879	3.361	558
Ejecutivos: alquileres, convenios y expensas	11.665	11.254	10.865	12.095	12.167	13.371	13.348	9.687	7.327	6.175	5.105	4.926	4.600	5.785	5.242	823

(*) Daños y perjuicios: están incluidos los siguientes objetos de juicio indicados por los profesionales en el formulario de incorporación de datos: daños y perjuicios, daños y perjuicios accidente de trabajo, daños y perjuicios responsabilidad profesional con excepción de la profesión médica. No incluye daños derivados de la vejez.

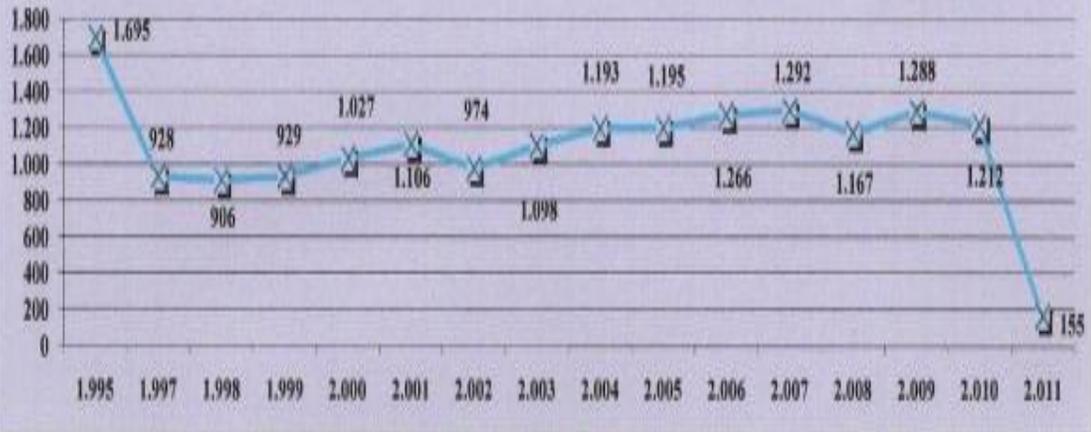
EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES OBJETOS DE JUICIO COMPRENDIDOS POR LA LEY

Centro de Informética Judicial

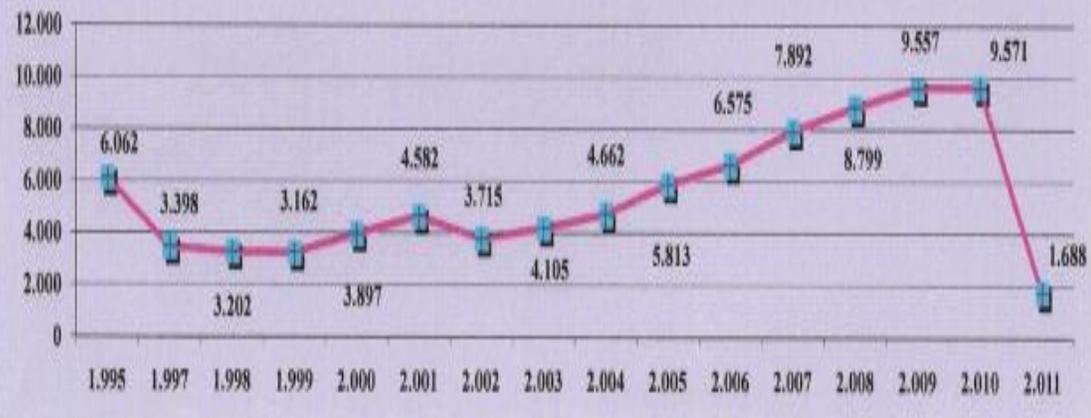


Mediación en el Fuero Civil de la Capital Federal

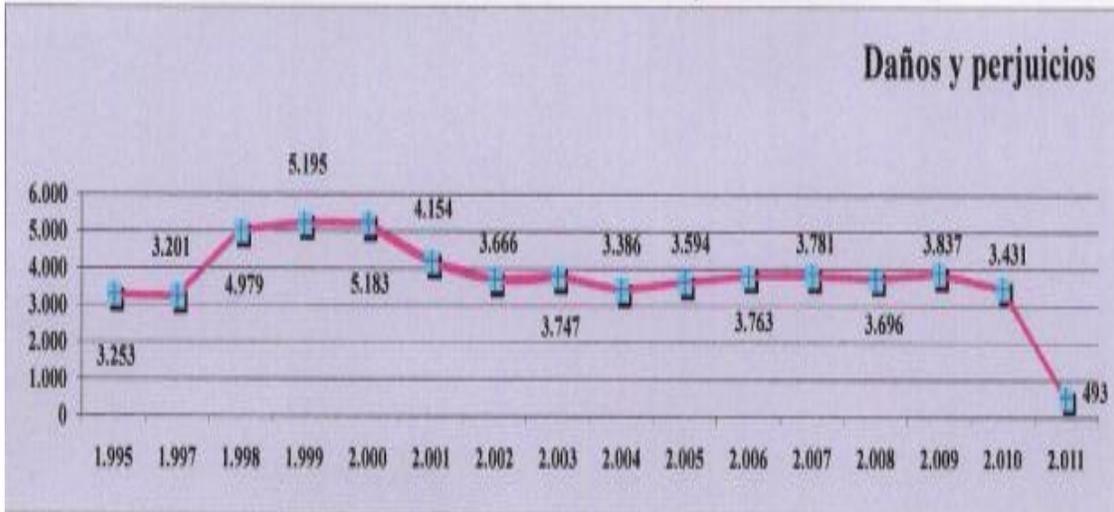
Alimentos



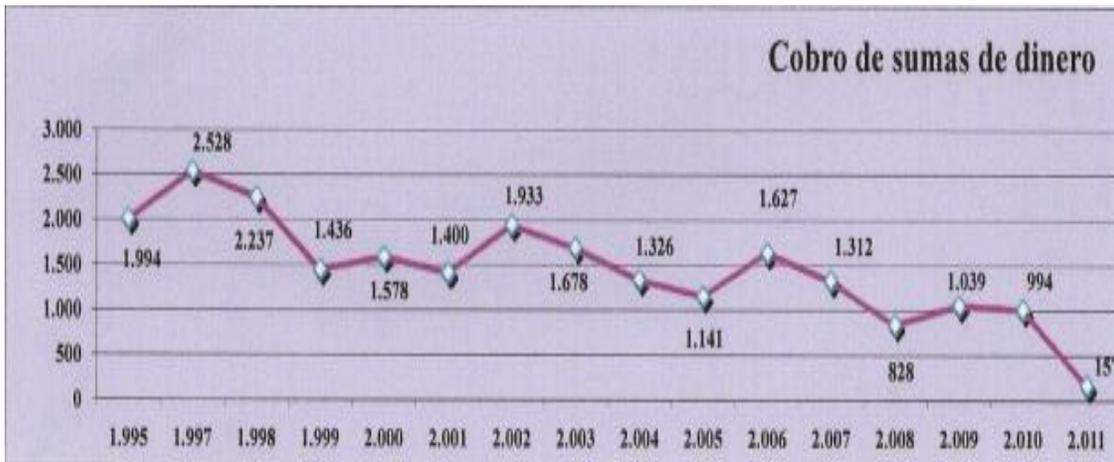
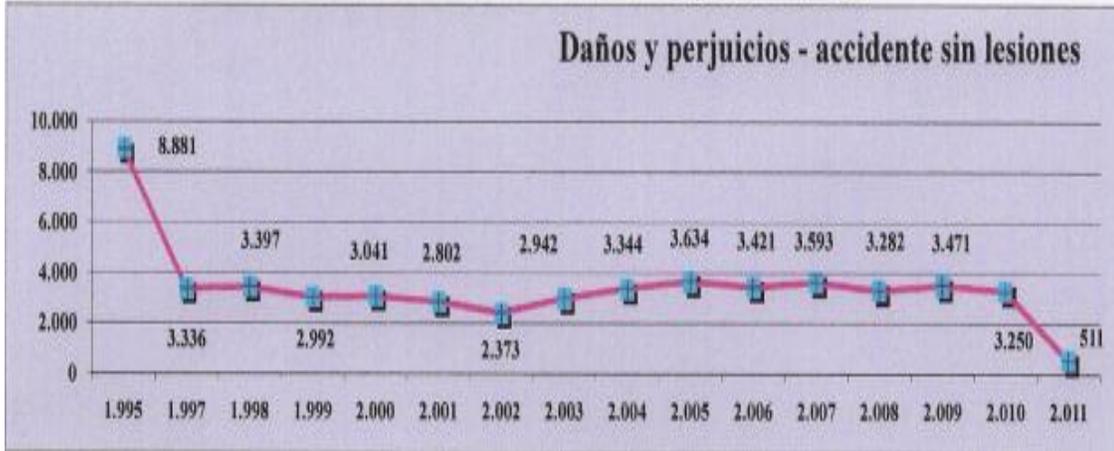
Daños y perjuicios - accidente con lesiones



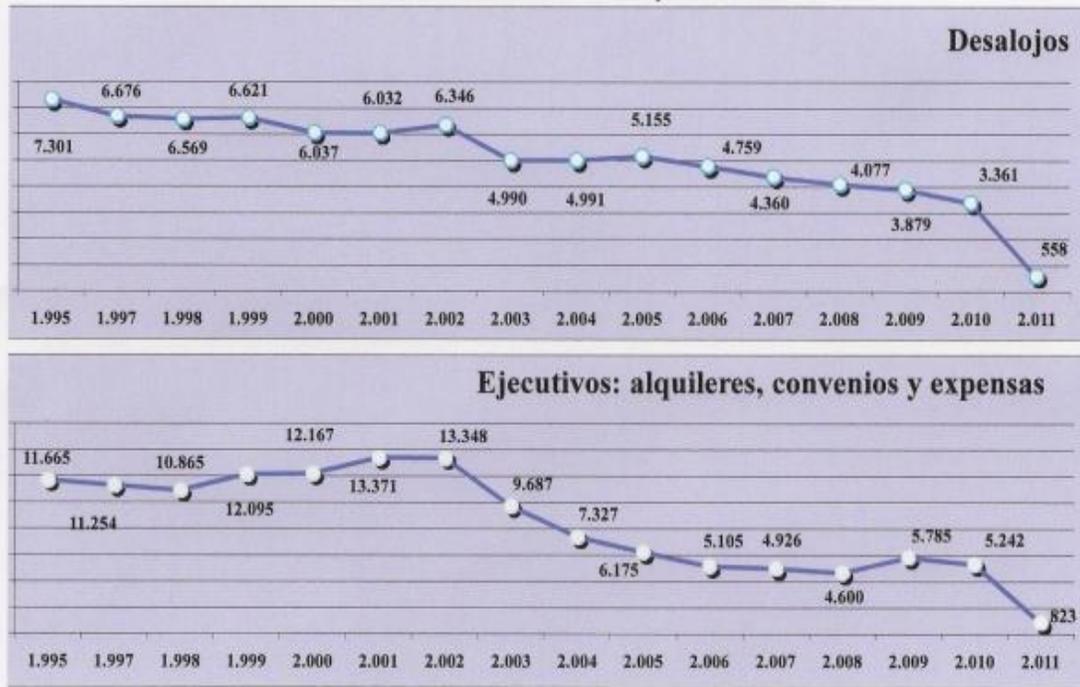
mediacion en el Fuero Civil de la Capital Federal



mediacion en el Fuero Civil de la Capital Federal



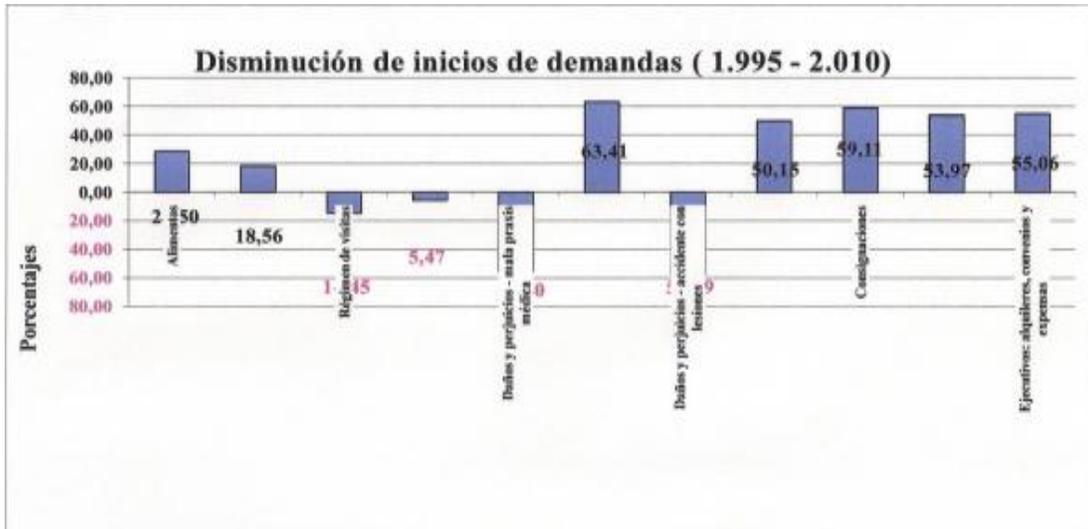
Mediación en el Fuero Civil de la Capital Federal



Incidencia sobre inicios de causas:

Objeto de juicio	Inicios 1995	Inicios 2010	% Disminución de inicios
Alimentos	1.695	1.212	28,50
Tenencia de hijos	431	351	18,56
Régimen de visitas	512	586	14,45
Daños y perjuicios	3.253	3.431	5,47
Daños y perjuicios - mala praxis médica	213	331	55,40
Daños y perjuicios - accidente sin lesiones	8.881	3.250	63,41
Daños y perjuicios - accidente con lesiones	6.062	9.571	57,89
Cobro de sumas de dinero	1.994	994	50,15
Consignaciones	472	193	59,11
Desalojos	7.301	3.361	53,97
Ejecutivos: alquileres, convenios y expensas	11.665	5.242	55,06
Total	42.479	28.522	32,86

LA MEDIACIÓN MODERA EL INCREMENTO DE LA LITIGIOSIDAD EN LOS OBJETOS DE JUICIO QUE LA LEY COMPRENDE



Análisis: los temas que mayor tratamiento ameritan en el ámbito nacional también son compartidas con la experiencia Argentina, es decir, el tema familiar es preponderante, alimentos, tenencia, visitas, etc., además podemos comparar como el tema de deudas tiene mayor relevancia en comparación con los porcentajes nacionales, nótese la inclusión de daños y perjuicios, con y sin lesiones y el tema de la mala praxis médica que es sumamente interesante y que no se lo toma en cuenta en Ecuador, sin aparecer en estadísticas nacionales. Por otro lado, los temas que son de carácter optativo según la ley 26.589, es decir los procedimientos de desalojos y ejecución también muestran una considerable reducción en litigiosidad en los 15 años de trayectoria, más del 55%. No deja de ser interesante que las estadísticas argentinas del Poder Judicial, ya que no solo muestran las materias sometidas a mediación sino el grado o porcentaje de incidencia del sistema de mediación prejudicial en la disminución de la litigiosidad, que es el logro propiamente del sistema, el mismo que aunque en un principio tuvo sus detractores, el tiempo ha dado la razón a la aplicación de la mediación como requisito previo, triunfando el diálogo al litigio. El 32.86% de disminución de juicios a nivel global, solo es una muestra de lo que un método como la mediación en esta modalidad puede beneficiar pero sin duda esto resultaría mucho

más efectivo con un sistema de “múltiples puertas” como se lo ha propuesto hoy en día en Estados Unidos y recientemente en Argentina.

ANEXO 2

Entrevista Dra. Margarita Estrella

Directora del Centro de Mediación de la Función Judicial

Fecha: Miércoles 11 de mayo de 2011

1. ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Yo agregaría un elemento a esta pregunta y sería para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares en el Ecuador, yo pienso que esto tiene que ver mucho con el tema de la cultura, es una cuestión cultural que los funcionarios públicos estén sujetos a una camisa de fuerza, o a un esquema de parámetros jurídicos que no les permite mayor libertad de accionar en ciertas decisiones, de tal suerte que la misma Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, exige en montos superiores a los veinte mil dólares se emitan informes de la Procuraduría para poder llegar a acuerdos y siempre existe el temor por parte de los funcionarios públicos de la eventualidad de ser glosados, observados en posterior por las posibles responsabilidades en llegar a los acuerdos, si bien es cierto hay entidades autónomas que pueden llegar a acuerdos sin necesidad de este informe siempre queda la preocupación de la responsabilidad del funcionario, así que esta sería una pregunta que debería ser respondida por el centro de mediación especializado en el área que es el centro de mediación de la Procuraduría General del Estado.

2. ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen, se les ha dado seguimiento?

En el Centro de Mediación de la Función Judicial son muy pocos los casos que respecto al tema del sector público ingresan porque nosotros procuramos ser fieles al área que se va a enfrentar, si bien es cierto nosotros tenemos competencia porque de alguna manera cualquier tipo de casos que sea transigible cuando vienen temas del sector público preferimos remitirlo al Centro de Mediación de la Procuraduría y de igual en otras materias, por poner un ejemplo si es tema de compañías lo remitimos al Centro de Mediación de la Superintendencia de Compañías.

En relación a las causas que han ingresado aquí, tienen que ver generalmente con inconvenientes en lo que tiene que ver con actas de entrega - recepción de obras o al cumplimiento efectivo de pagos por parte de la institución pública respecto a los proveedores hemos tenido éxito hasta ahora en cumplimiento que yo recuerde en un caso muy particular de un municipio del sector oriental por efectos de la distancia que complica la ejecución del acta pero realmente yo no he tenido mayores inconvenientes en la ejecución de las mismas. Si les hacemos seguimiento o no, es una política de este centro de mediación darle seguimiento a todas las actas que implican obligaciones posteriores y que de una u otra manera eso nos permite evidenciar el trabajo que nosotros cumplimos.

3. ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Indudablemente cualquier procedimiento más allá que sea para someterse o no a mediación que implique la facilitación de procesos de administrar el tiempo y el dinero de la mejor manera y si esto se trata de dinero del Estado va a ser positivo, aquí lo que hay que tener muchísimo cuidado es en la forma como se redactan esas cláusulas, porque a veces esas cláusulas tienen incoherencias y lo único que hacen es complicar las cosas, complicar la competencia, complicar los alcances y es lo que se denominan cláusulas patológicas, entonces pueden a veces complicar más las cosas que facilitarlas así que el tema, tiene que ver con que estas sean bien redactadas y evidentemente así sería un beneficio para la institución de la que se trate.

4. ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Yo creo que debemos tener muchísimo cuidado en el tema de los casos de interés público, de hecho en términos generales yo no soy precisamente una fan de la obligatoriedad de la mediación; creo que la pregunta es bastante puntual porque yo podría discutir el tema de la infraestructura, de la capacitación de mediadores, de los costos, del abarrotamiento que esto va a significar pero, por otro lado, al hablar de contratación pública.

Yo creo que ahí tiene que pronunciarse una persona especializada en esa área, y no una persona especializada ciertamente en mediación, porque un mediador va a decir siempre que la mediación es el mejor camino, el más expedito, el más válido pero creo que debe responder esa pregunta un especialista en contratación pública que pueda saber hasta qué punto los parámetros de esta legislación pueden ser negociables y hay ciertas cosas que en contratación pública no pueden ser negociables lo que la estaría imposibilitando de sometimiento de mediación entonces hay ciertas cosas que me gustaría abstenerme a dar un criterio personal al respecto.

5. En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Volvemos al tema de que el fuerte del Centro de Mediación de la Función Judicial no son temas de interés público o conflictos en esta área de lo poco que nosotros hemos tenido un buen resultado en cuanto a las actas firmadas pero no es un porcentaje que sea muy significativo para poder establecer una media.

6. A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Bueno, yo creo que la política de Estado está dada en cuanto tenemos principios constitucionales muy importantes.

El Ministerio de Justicia ha hecho un gran trabajo al respecto más que establecerlo como una política de Estado, porque está dado que los métodos alternos tienen que ser aplicados, es el cómo? Y esto tiene que ver con la difusión de la figura que lamentablemente implica un tema de difusión adecuada pero volvemos a lo que estábamos comentando antes, que sacamos con que el Estado haga una difusión espectacular al respecto, yo un poco recuerdo lo que sucedió algún tiempo atrás, el Ministerio de Justicia empezó a sacar spots publicitario sobre el tema de los centros de mediación y la gente comenzó a llamar y especialmente aquí como si se tratara de una asesoría jurídica y nosotros estábamos obligados a asesorarlos en ese sentido y la gente no entendía cuál era la diferencia entre el asesoramiento jurídico de su conflicto y el ir a mediación y además en el momento en que nosotros tengamos un auge muy grande de la aplicación de la figura de la mediación volvemos a lo que estábamos comentando, si hay una infraestructura de mediadores que pueda soportar esa avalancha yo me atrevería a decir que no la hay.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

A ver aquí hay como dos o tres aspectos en esta pregunta, la primera tiene ver con que desde el punto de vista netamente jurídico tanto constitucional como en relación a la ley es más me atrevería a decir que el instructivo para derivación de causas debería desaparecer y con la Constitución y la ley desde el punto de vista jurídico tenemos suficiente, no es falta de normativa, la normativa es suficiente.

La otra arista que yo veo aquí es si esto es suficiente para implementar una cultura de paz en la ciudadanía, esto no tiene que ver por el marco jurídico, tiene que ver como dijimos antes con una cuestión de difusión y de formación en diferentes espacios en los que la ciudadanía se fortalece y tiene conocimiento de las herramientas a las que puede acceder.

La otra arista ya sumando el tema jurídico con la cultura de paz en el sector público creo que ahí tiene que ver con la capacitación de los funcionarios públicos particularmente de la Procuraduría General del Estado y de que los funcionarios públicos tengan la certeza de que al aplicar esta herramienta va a ser absolutamente válida y de que no va a quedar abierta la puerta de su responsabilidad posterior, porque eso es lo que realmente le preocupa al funcionario que está representando a alguna institución.

- En este sentido, ¿qué rol jugaría la Contraloría General del Estado, cómo podría apoyar la labor de la Procuraduría para que funcionarios que acudan a mediar algún caso no tengan miedo a mediar?

Es interesante porque en alguna oportunidad yo me permití invitar a un delegado de la Contraloría justamente pensando en aquello y advertirle, a ver, si usted firma esta acta corre tales y tales riesgos o sino la firma corre tales y tales riesgos, era un poco lo que yo pretendía, sin embargo tuve una contestación expresa de la Contraloría General del Estado negándose y diciendo que ellos no pueden comparecer a las audiencias de mediación porque se están constituyendo en juez y parte, lo cual yo no comparto pero ellos dicen finalmente que como son el órgano contralor, ellos son los que tienen que calificar si los actos de los funcionarios públicos fueron o no adecuados justamente pensando en lo que usted menciona pero esa fue la respuesta que tuvimos en ese momento así que descartamos esa posibilidad.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

Bueno yo no sé si lo mejor sea que esta responsabilidad se concentre en el Estado, no sé cómo podría beneficiar o si podría ser negativo, en lo que sí estoy de acuerdo en que debe existir una Escuela oficial de mediadores, eso sí, sea del Estado, sea del sector privado tiene que haber un espacio de formación formal en la que los mediadores tengan un mínimo de capacitación porque definitivamente la que se da en el momento es absolutamente informal y realmente llegan a ser buenos mediadores

aquellos acuciosos que después de recibir el cursito de ochenta horas se dediquen a dar seguimiento, a leer observaciones, a preguntar, a hacer su autoformación y si eso definitivamente mejoraría la calidad y la responsabilidad del mediador.

9. ¿Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

A ver aquí yo creo que la pregunta puede dar a confusión, porque podría entenderse que la intencionalidad sería que los ministerios tengan un centro de mediación o que los ministerios cuenten con los centros de mediación. En el primer caso solamente que los ministerios tengan un centro de mediación no es conveniente porque volvemos al tema de que podría generar muy poca neutralidad porque estaríamos hablando que se constituirían en juez y parte sea lo que sea serían funcionarios pagados por la institución y hasta un punto se les daría una libertad de accionar.

Yo creo que deberían fortalecerse los existentes en la Función Judicial para que el sector público pueda acceder sea a esos o sea a los de la Procuraduría, que sean fuera de su seno resulta más imparcial y acudir a los centros de mediación por supuesto tomando en cuenta las consideraciones hechas en las otras preguntas.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

A ver me preocupa un poquito el tema de los registros es importante para saber quiénes están calificados como tales, si es el Ministerio de Justicia, en otros países hay Ministerio de Justicia pero me preocupa este tema del reglamento con normas para sancionar e incentivar, cómo usted puede sancionar a una persona?, yo pensaría que para eso existen los códigos de ética y cada centro tiene su propio reglamento, es más comentábamos de la nueva ley de asuntos civiles y comerciales en España y ahí se llega al punto de exigirles a los mediadores garantías de responsabilidad, un mediador que

quiere ejercer tiene que rendir una garantía lo cual me parece un poco peligroso y lo digo yo llevo 17 – 18 años haciendo mediación, empecé a mediar sujeta al Código de Trabajo en materia laboral colectiva y se puede prestar para muchas cosas, si bien es cierto se puede prestar para controlar el accionar de un mediador y como le digo a la gente a la cual yo formo el mediador vive de su credibilidad y un mediador entre más profesional es, mucho mejor mediador va a ser como debería ser en cualquier área pero también puede prestarse para que una persona que esté con la intención de hacer daño realmente lo haga y hay parámetros muy subjetivos dentro del proceso de mediación.

Yo quiero ejemplificar, que tal si a usted lo acusan de no haber sido imparcial dentro de un proceso, estaría faltando a un principio básico de la mediación, pero ¿qué es para usted la imparcialidad y que es para mí la imparcialidad, qué ha de entenderse como tal?, entonces puede existir un límite muy liviano entre lo uno y lo otro y sería un riesgo, yo creo más bien que cada institución tiene su propia reglamentación, nosotros por ejemplo como funcionarios públicos sujetos a la Ley Orgánica de la Función Judicial estamos sujetos a sanciones muy puntuales, las propias cámaras tienen su reglamento interno y su código de ética y sabrán cómo manejar a sus mediadores, entonces si me preocupa el sistema de las sanciones. Además tome en cuenta que finalmente si alguien considera que pudo haber sido afectado por tal o cual mediador en un proceso de mediación eso dependerá de la forma de cómo se lleve adelante porque finalmente es el mediador quien llegue a los acuerdos y eso en nuestra legislación es absolutamente clara, no como en otros países en los que se entiende que el mediador y en esta misma legislación tengo muy clara porque la estuve revisando el día de ayer el tema español, ellos dicen que el mediador tiene que buscar las soluciones para llegar a las alternativas del conflicto es decir se le da una responsabilidad absoluta al mediador de que tiene que decir a, b o c son las posibles soluciones para... y las partes claro las considerarán pero será él quien las otorga, yo creo que es aquí el mediador el que coadyuva a que las partes lo hagan pero no es el mediador el que lo hace, finalmente si una persona decide firmar una acta de mediación es porque a ese acuerdo de mediación decidió llegar, entonces sería muy preocupante esto, ahora incentivos de capacitación, de calificación, de puntaje, de qué?

– Me refería a sanciones como por ejemplo si un mediador no llega a la audiencia de mediación e incentivos por un buen desempeño y responsabilidad en su trabajo.

Ahí recordemos que los centros de mediación pertenecen tanto al sector público como al sector privado y la mayoría son del sector privado entonces ya dependerá de cada institución como maneje eso en su interior, claro la pregunta está planteada en tanto en cuanto sería el Ministerio de Justicia quien lo aplique habría que ver de qué se trata no?, para saber si vale la pena o no pero en el tema de las sanciones definitivamente creo que no, tendría en todo caso siempre que le quede la posibilidad a las partes de una posible denuncia o considerar una indemnización de daños y perjuicios o que se le haya causado daño con intención, un dolo, finalmente no es que no haya posibilidades de establecer una responsabilidad obviamente con las pruebas y elementos adecuados no?, pero yo creo que si la mediación se ejerce con legitimidad, respetando su proceso son las partes las que llegan a los acuerdos; pensaría que esto más bien estaría abriendo puertas que sería preferible dejarlas cerradas.

Comentario de la entrevistada:

Definitivamente, no solamente con respecto al tema del sector público sino de manera muy general hay que fortalecer la formación de los mediadores para que la figura se consolide cada vez más, eso es supremamente importante, nada sacamos con hacer una gran difusión, nada sacamos con capacitar a los funcionarios para que coadyuven a la mediación si es que no existe un buen número de mediadores debidamente capacitados uno no puede fortalecer áreas de manejo independiente, todo es un engranaje entonces en el momento que yo tengo una Escuela de formación de Mediadores, en el momento que yo le doy la calidad adecuada desde el punto de vista normativo a nivel profesional si usted puede ser un buen profesional como lo es el abogado, el médico va a tener otra caracterización el asunto.

Si usted fortalece a los usuarios con difusión, a los funcionarios públicos con el manejo de la figura, es decir hay que ir en todas las áreas, no puedo limitarme a una sola, con una sola se me cae el resto.

Entrevista al Dr. Ramiro Salazar

Director del Centro de Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito

Fecha: 12 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Yo estoy convencido de que sí es un método efectivo realmente para solucionar conflictos, por qué?, bueno el Estado tiene una carga de conflictos muy grande y para poder solventar estos niveles de justicia ordinaria requeriría de una cantidad demasadamente alta de abogados que defiendan sus intereses, económicamente para el Estado es más conveniente llegar a acuerdos con los particulares, cerrar los casos y liberar a sus abogados para que estos puedan defender las causas para los que realmente no sea factible que el Estado llegue a acuerdos, si tomamos el número de casos que fuere de cualquier institución del sector público y miramos los montos que cada uno de estos casos que estos conflictos implica.

Estos mismos conflictos llevados a acuerdos, en tiempo de trabajo tenemos ahorros, de personas dedicadas a solucionar ese conflicto, entiéndase abogados del Estado, por un lado. Por otro lado, nosotros tenemos casos, como Estado me refiero en los que estamos perdiendo porque hay condenas, las condenas al Estado en un valor que podemos ejemplificarlo como el 100% de la condena, si ese mismo caso es llevado a un proceso de mediación es muy posible que el Estado termine pagando con un acuerdo valores que van a estar entre el 50, 60, 70, 80%, versus una condena que va a ser el 100%, entiéndase 100 como cualquier valor. Entonces no esperar a una condena y en segundo tiempos de trabajos menores que defenderse durante años para llegar a una condena versus el tiempo de trabajo de un abogado para llegar a un acuerdo.

- Qué podríamos hacer para que el Estado deje esa cultura de litigiosidad de llevar el caso hasta la última instancia? Cómo podemos hacer para que los

funcionario públicos dejen ese miedo a mediar por temor a una glosa de la Contraloría?

Bueno, creo que cada vez se va haciendo más frecuente el que los funcionarios busquen la forma de llegar a entendimientos, esto está ciertamente respaldado en la frecuencia y en la constante de las instituciones, es decir si una institución llega a un acuerdo al año probablemente el órgano de control va a sorprenderse que haya un acuerdo al año, pero si es que es una institución que tiene acuerdos reiterados y resuelve como una política, vía mediación, vía acuerdos, el ente de control va a saber que es una política de la institución y entonces glosar los acuerdos cuando es uno puede resultar relativamente simple pero cuando existen cientos de acuerdos en el año prácticamente sería como glosar toda la actividad de la institución, entonces es un tema también de cultura y de política de la institución sea cual sea el llegar a acuerdos. Por otro lado, para llegar a un acuerdo pues evidentemente toda institución tiene los departamentos respectivos, es decir, el técnico, el económico y el jurídico, si el funcionario respalda su actuación para llegar a un acuerdo de un informe de esas áreas, además del mandato legal de la presencia de la Procuraduría o su delegado, pues el funcionario se siente respaldado, es decir ya no es tan fácil de que el ente de control llegue y glose al funcionario que llegó a un acuerdo o al que suscribió o que estuvo al frente de la mediación, al departamento legal, técnico, económico, al delegado del Procurador, es decir ya se vuelve un tema de cultura, política y los respaldos técnico-jurídico de todos.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les ha dado seguimiento?

Los casos más frecuentes son de dos tipos: la adquisición de bienes o servicios y los de construcción, principalmente allí es donde está la mayor conflictividad con el sector público, Se llega a acuerdos? Sí, pero no en altos porcentajes, podríamos pensar que los acuerdos están en órdenes del 40 al 50 % de los casos que ingresan. Se cumplen los acuerdos? Evidentemente, es decir el Estado no incumple acuerdos, eso sí es un tema muy claro. El Estado llegó a un acuerdo el Estado cumple. Es más difícil que el Estado

cumpla una sentencia o un laudo arbitral a que cumpla un acuerdo, porque cuando firmó un acta de mediación es porque definitivamente existe la voluntad de cumplir. Que yo recuerde ejecución de actas suscritas por el Estado, no.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Evidentemente, es lo que decíamos hace un momento atrás, el Estado disminuye sus costos de personal cuando tiene que llegar a un acuerdo, sí, evidentemente se lo involucra al jurídico para un informe, al económico, al técnico, por supuesto pero eso es por un informe, mientras que si vamos a un proceso sea judicial o arbitral, uno tiene que involucrarse a estas dependencias por una sola vez, ahí tenemos una gran cantidad de gente que está en medio de este conflicto, empezando desde la máxima autoridad de la institución para una diligencia de confesión, a quien se le llama? A la autoridad, se le interrumpe en su tiempo de trabajo, se le desconcentra, todo eso son costos, tiempos, los *stand bye* que existen por parte de los funcionarios, para defenderse son costosísimos, sabe lo que significa que un funcionario tenga que ir a una diligencia procesal que dure una hora, más la hora de transporte de ida, más la hora de regreso.

Estamos hablando de 2, 3, 4 horas que le sacamos de su actividad administrativa, toda esa desvinculación tiene costos, la defensa tiene costos, el costo para el Estado es altísimo, para el particular también, los costos de los procesos procesales o arbitrales son mucho más altos que las simple tasas que se pagan en arbitraje por ejemplo, toda esa falta de eficiencia viene siendo una carga para el Estado, si sumamos lo que cuesta resolver conflictos para el Estado al año, son cientos de miles sino millones de dólares, versus lo que podríamos obtener llegar a entendimientos con los particulares en donde los tiempos son mucho más reducidos y la mediación en el sector público puede llevarlo a cabo en 2,3,4 sesiones con los informes respectivos.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

En el sector público la cosa es difícil, sin embargo yo creo que para demandar en casos en contra del sector público, sí sería prudente que el particular agote una vía de diálogo como es la mediación. Si la norma sea esta cual fuere obliga a agotar la vía de diálogo pues probablemente vamos a tener una disminución de las causas o de las demandas en el sector público, porque sumado a lo que decíamos antes política institucional, constancia o costumbre, economía en la administración de los recursos públicos, si sumamos todo eso y adicionamos la obligatoriedad del particular de agotar el diálogo a través de la mediación, para el uno esta obligatoriamente la necesidad de esto, para el otro tenemos la política de ahorro, etc., es probable que esto de buenos resultados.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Yo creo que está en ordenes de muy buena a buena, no más allá de eso, por todas las dificultades que existe para llegar a acuerdos con el sector público, básicamente, el particular no es el obstáculo, lo es el sector público y no es el sector público en general sino el ente y el órgano de control, que viene a constituirse de tal suerte en una espada de Damocles de los funcionarios, entonces evidentemente el método como tal lo tendríamos que calificar como excelente porque evidentemente ha tenido buenos resultados a nivel mundial, pero si lo enfocamos al método en el sector público, entonces allí aparece una figura que es la del temor al control, control per se, independientemente de que haya sido bueno o malo el acuerdo, hubo acuerdo, entonces es posible que hay una desviación de fondos de la administración o una mala negociación, voluntaria o involuntariamente, y si fuera involuntaria es evidentemente glosable y si es involuntaria es glosable, por lo tanto el funcionario no usa el método por temor, no porque el método sea malo.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

El Estado tiene un ex ante la mediación, es decir para ir a una mediación significa que hay un conflicto, para que haya un conflicto significa que hubieron errores de ejecución contractual porque estamos hablando del sector público versus el sector privado, esos errores de ejecución lleva a un conflicto. Lo primero que habría que hacer es conectar a quienes resuelven los conflictos con quienes ejecutan los contratos, a través de talleres en donde quien resuelve los conflictos le diga a quien ejecuta los contratos, mira, los errores que tu estas cometiendo en este aspecto me trae conflictos.

Cuando me llegan esos conflictos yo tengo que resolverlos no tengo mayores argumentos para llegar a entendimientos que sean saludables para el sector público, entonces, ese es el primer paso. Y el segundo paso, es el de capacitar a un grupo importante por cada institución de personas que puedan en volúmenes aceptables hacerse cargo del manejo de los conflictos a través de mediación. No es viable que una persona tenga a su cargo 300 casos y que queramos que esa persona acuda a mediación porque eso le va a dar un volumen de casos diarios que atender y que no los va a poder hacer, entonces se necesita un volumen de casos, los que física y mentalmente una persona pueda manejar, bien entrenada además, para que negocie con la mentalidad de negociar a favor del Estado, de llegar a acuerdos que sean saludables, que sean ventajosos, etc., conectando entonces quien ejecuta con quien soluciona y el que soluciona bien capacitado, con una política así seguramente se van a ver resultados que le van a convenir al Estado.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Yo creo firmemente que la normativa existente es buena pero no suficiente, ¿qué requerimos? Una suerte de obligatoriedad, que obligue a que tanto el sector público como el sector privado se vean en la necesidad de aprender métodos como la mediación para resolver conflictos. Como ahora no es obligatorio, el funcionario lo tiene como una referencia y el sector privado también pero como no es de uso

obligatorio entonces no profundizan en el conocimiento y que puede sonar a demasiado básico pero no profundizan y por lo tanto no han probado los beneficios. Si fuera de uso obligatorio entonces tendrían la necesidad de aprender la necesidad y obligación de usar y verían los resultados por lo tanto se verían cuáles son las ventajas, esto es más o menos como si para los seres humanos se nos convirtiera obligatorio el consumo de 4 frutas por día, seguramente cada ser humano vería el beneficio de consumir frutas en su dieta diaria y entonces ya no sería que consumen por obligación sino porque les da ventajas, les da resultados favorables, entonces, la obligación está ahí, pero ya no lo consumo por obligación sino porque me da resultados favorables.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

Yo considero que lo que debería haber es un pensum mínimo para capacitar mediadores, por un lado, por otro lado, la obligatoriedad de que las Facultades o las universidades tengan al menos una vez cada año la obligación de dictar ese pensum mínimo para sus estudiantes y público en general y no creo que sea la solución que sea el Estado quien asuma la capacitación a los mediadores, sí creo que es indispensable tengamos un pensum.

- Lo podría hacer el Estado conjuntamente con los Centros de Mediación?

El momento en que exista vía Reglamento vía normativa vía lo que fuere este pensum mínimo, quien lo dicte ya pasa a ser una suerte de competencia entre una universidad y otra, entre un centro con otro centro luego con una universidad, es decir lo que sucede actualmente en las universidades, no sé diez facultades de jurisprudencia en la ciudad y el estudiante es libre de elegir la facultad de jurisprudencia que guste, no creo que debemos ponerle al Estado una carga más en este sentido y más sabiendo que tiene suficiente con lo que tiene.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el

despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Yo creo que las instituciones en general del sector público deberían tener centros de mediación para resolver conflictos en donde la institución no esté involucrada, todas deberían tener centros de mediación pero deberían ser política y prohibición además de que la institución use el centro de mediación.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Un consolidado de los mediadores que actúan en los centro sí, un Registro de los mediadores no, las sanciones del Ministerio o del Consejo al centro que incumpla con sus deberes, con sus obligaciones, con respecto a sus mediadores sí, es decir es mucho más eficiente que se le sancione al centro porque alguno de sus mediadores cometió lo que fuere y no fue sancionado por el centro, el centro va a tener un control directo sobre sus mediadores, y si éste no sanciona, no controla no capacita, etc., a sus mediadores va ser sancionado, esto es una suerte de no sé, como el padre de familia que respecto a sus hijos, el padre no puede sancionar directamente a los nietos para eso están los papas, pero el padre si puede llamar la atención a su hijo, no al nieto, al hijo, que el centro se encargue de los mediadores, el Consejo o el Ministerio de los Centros y los Centros a sus mediadores, a sus funcionarios administrativos, etc.

Entrevista al Dr. Néstor Arbito

Ex Ministro de Justicia, Cultos y Derechos Humanos

Fecha: 16 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Totalmente de acuerdo pero no solamente en el sector público, yo creo que aquí ha existido un grave problema de conceptos respecto al sistema de justicia, tradicionalmente ha sido visto como un monopolio estatal, es decir el sistema de justicia ordinario, sin embargo si usted analiza el sistema de justicia ordinario, es un sistema residual, el problema de la cotidianidad de la sociedad no siempre están ajustados para someterlos hacia el servicio que brinda el sistema de justicia, me explico, una deuda de un arriendo que puede llegar a unos \$200 dólares, el aparataje de judicializar aquel conflicto sale más caro que el peso del conflicto en sí mismo, esto va causando frustración, decepción por parte de la ciudadanía, viendo que aunque el sistema opere al 100% aun así no atiende estas necesidades del día a día, ante eso la propuesta que se ha hecho desde el Ministerio de Justicia en algunos sitios es abrir el abanico de posibilidades como servicios judiciales, es ahí donde es fundamental entrar con los métodos alternativos así como los mecanismos de justicia de paz, no como jueces de contravenciones sino como jueces de una gama de servicios e incluso en asuntos patrimoniales de baja cuantía que gozando de *imperium* puedan facilitar el ordenamiento social que se da en estos conflictos. Ahora, yo creo que cometemos un error cuando queremos ver que la herramienta, mediación, o herramienta métodos alternativos es una herramienta válida para casos específicos, creo que los métodos alternativos así como los métodos o servicios de justicia de paz forman parte de un todo que se llama oferta de servicios de solución de conflictos, sea a través de la justicia ordinaria, sea a través de métodos alternativos o sea a través de justicia de paz.

- En ese sentido tal vez deberíamos hablar de métodos adecuados y no alternativos?

Métodos adecuados para el conflicto, tradicionalmente nos han adecuado que la única manera de solucionar nuestro conflicto es judicializarlo, hoy día nos dicen que es la mediación, yo lo que planteo es que la prestación de los servicios de justicia a través del Consejo de la judicatura al igual que un médico, que tiene distintos tratamientos para acoplarse al problema, la mala operación estatal le ha pedido al ciudadano que ajuste su conflicto al servicio único que le puede dar el Estado, nosotros planteamos algo al revés, ajustar los servicios para satisfacer de mejor manera las necesidades ciudadanas.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

Yo creo que hay muchas áreas en las cuales la mediación pueden servir y en las cuales ya están verdad, temas contractual por ejemplo, sabemos que cuando se ha pactado previamente o por autorización de la Procuraduría cuando se pacta posterior al surgimiento del conflicto pero creo que en esto no hay que cerrarlo hacia determinados casos sino dejar la posibilidad que la autoridad en base a una motivación en base a una explicación pueda someter distintos problemas, mira, cuando existe la necesidad de rebajar el tamaño del Estado y por lo tanto eliminar a cierto grupo de funcionarios o de empleados que no es que ya no están calificados para el servicio sino que sus funciones posiblemente ya no sirven en la nueva visión institucional, es donde surgen estas grandes demandas de 100, 200, 300 empleados, yo sí creo que ahí el Estado debe tomar una visión de en lugar de litigar y en lugar del desgaste tipo horas, de recursos, de desgaste institucional se pueden llegar a un buen arreglo con esas personas, es ahí cuando comenzamos a generar el negociador público y este mediador público, básicamente en esas áreas la vería como de mayor pujanza sin cerrarlo a un nicho específico.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Bueno hay que tener en cuenta que la cláusula prevista no sea una cláusula atrofiada sino una cláusula que pueda ser aplicada directamente, pero definitivamente, aquí ya no es de verle las ventajas a la mediación, nadie le ve las ventajas al sistema de justicia ordinario, porque tenemos que verles las ventajas donde no las tiene, sino que tenemos que verlo como un servicio más, dentro de una gran gama que se llama servicios de justicia, para solucionar el conflicto entre dos personas, estoy totalmente de acuerdo que el pactarlo previamente nos va a significar ahorrar tiempos significativos y burocráticos sin mencionar costos.

En este sentido hay muchas inquietudes de algunos funcionarios públicos de trazar por el miedo a una glosa de la Contraloría, qué podríamos hacer para evitar este miedo a mediar?

Es un temor infundado sí, yo creo que eso se supera en base a la capacitación y en base a reglas claras de juego por parte del propio sector público, por lo tanto parámetros delimitados de variaciones de negociación, es decir básicamente la motivación o explicación de un funcionario público del porque llega a un arreglo o a cierto monto y porque lo hace, pero para eso hay que marcarle bien la cancha a ese funcionario para que sepa tener libertad de creación, de creatividad respecto a llegar a una solución.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Como requisito obligatorio pre-procesal y esto se vuelve universal no solo para el sistema público yo estoy en desacuerdo por dos razones básicas, la primera, creo que atenta a la naturaleza de autocomposición que tiene la mediación, la autonomía de la voluntad de las partes se abraza por la voluntad de las partes no por la obligatoriedad, creo que al momento de volverlo obligatorio mataríamos la figura poniéndolo como un requisito para litigar, creo que actualmente cuando es voluntario el mero hecho de que las personas se sienten tienen la intención de solucionar un tema, el resto se va a volver simplemente un requisito para poder litigar.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Yo creo es un error ponerle indicadores cuantitativos a la mediación, definitivamente si comparamos la carga procesal de un juzgado a un centro de mediación vamos a tener mil a diez, no vamos a ver ahí la ventaja de beneficio o provecho por parte de la herramienta, sí creo que la ventaja la vamos a encontrar respecto de la cantidad de

fallos ejecutados, actas ejecutadas sin necesidad de ir a sede judicial, y ahí manejamos un promedio de alrededor del 90% de las actas, es ahí la fortaleza de calificarla como excelente porque vamos a encontrar muchas veces fallos judiciales que no pueden ser ejecutados.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Para mí hay una sola política de Estado en ese campo, que debe estar enfocado en dos áreas, la primera y la fundamental: la formación del ciudadano, tenemos que ir formando un nuevo ciudadano que es constructor de soluciones y no generador de complicaciones, hay que eliminar ese ciudadano de conflicto e ir generando un ciudadano que construye vías para poder desarrollar soluciones para eso a mí me parece muy interesante que la mediación y la formación hacia mediación forme parte de la cátedra obligatoria, de la formación básica desde la escuela sí, es decir ir formando estas actitudes y esta visión de yo como ciudadano mi conflicto lo puedo someter a distintas herramientas, esta es una herramienta válida, creo que por ahí es lo básico, y lo segundo, tener por parte del Consejo de la Judicatura como ente de gobierno de la función Judicial, la generación de más centros de mediación judiciales y la regulación adecuada tanto de mediadores como de centros de mediación.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Creo que esto no pasa por un tema de norma yo creo que Ecuador tiene grandes legislaciones sin embargo yo creo que hay que depurar y hacer algunas reformas a la actual Ley de Arbitraje y Mediación, pero el tema no pasa por ahí, el tema pasa por ir formando y difundiendo la herramienta al nuevo ciudadano, yo creo que aquí hubo un gran error por parte de la primera tanda de mediadores o por la primera generación, se volvió una especie de cofradía del vino o algo esotérico que ciertas personas conocían pero no se le ha dado la difusión para que el ciudadano de a pie sepa cómo

opera, para qué sirve y cuánto le puede servir a él en su conflicto, en eso ha fallado todo el proceso de difusión de los métodos alternativos de solución de conflictos.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

No creo que pase por centralizar la formación de los mediadores, sí pasa por regular a nivel nacional por parte del Consejo los requisitos mínimos y los requisitos de calidad que debe tener en información, en estrategias, en destrezas una persona para ser reconocida y registrada como mediador de la República.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Cuidado pensamos que la construcción de centros de mediación es difundir la herramienta, eso está en la persona no en la infraestructura, cuando las personas estén posesionados de los métodos alternativos se reunirán en una casa para utilizar la herramienta, entonces más que lo de los Ministerios es más una política del Estado de difundir la existencia de la herramienta y la aplicabilidad de la herramienta.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Yo creo que el Registro es válido como mecanismo de comunicación, difusión, transparencia, saber si en verdad alguien está o no reconocido como mediador y esa calificación me acredita o me certifica que la persona ha tenido tantas horas de formación, es decir su nivel de educación pero no creo que el Ejecutivo o el Ministerio de Justicia deba manejar la sanción a los mediadores de eso debe hacerse cargo el

Consejo de la Judicatura, las sanciones o el sistema de justicia ordinario si se ha cometido un delito a través de la mala operación de un mediador verdad.

Entrevista al Dr. Jaime Vintimilla Saldaña

Director del CIDES

Fecha: 17 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Bueno, gracias por la entrevista, es un gusto comentar con un ex alumno un tema que es de interés nacional, yo creo que debemos primero develar el concepto de mediación, ya que es una institución tan o más importante que el proceso, yo creo que debemos empezarla a ver no como una entidad que descongestiona a la administración pública, sino como una entidad propia, autónoma que ayuda a resolver conflictos de manera efectiva y dentro de estos conflictos están los de contratación pública, los de derecho administrativo que lamentablemente lo que yo llamo el Estado controlador, cada vez se va pensando que el Estado es el dueño de todo y el que tiene la razón y el particular tiene que someterse, yo particularmente creo que la mediación es una gran herramienta, un gran instrumento que sirve para acercar al particular con entidades públicas, en diferentes temas, me parece que es efectiva no solo porque la nueva Ley de Contratación Pública así lo dispone, sino porque nos permitiría cambiar actitudes, evitarnos tantos juicios innecesarios, yo veo que la mediación nos lleva a cambiar algo que se ha dicho, antes decían que más vale un mal arreglo que un buen juicio, yo creo que no vale un juicio innecesario ni un arreglo que no lleve a las partes, debe ser un arreglo construido de acuerdo a la realidad de cada caso.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? ¿Las actas se cumplen? ¿Se les ha dado seguimiento?

En mi experiencia en los diversos centros yo diría que hay muchos temas, sobre todo incumplimiento en los plazos contractuales, yo me acuerdo un caso en el cual un Consejo Provincial contrató una importadora que en un tiempo iba a traer al Ecuador ciertas maquinarias y no pudo por algunos aspectos de fuerza mayor y llegó a la mediación, se extendió el plazo y perfecto, que tal si el órgano, en este caso ahora se llaman Gobiernos Autónomos Descentralizados decidía romper el contrato unilateralmente, muchas veces aplicar la ley por aplicarla nos lleva a resultados nefastos, innecesarios, justos en el papel pero no oportunos en la realidad, entonces creo que hay muchos temas, en el tema contractual sobre todo en contratación pública yo creo que hay que ir descubriendo muchos temas, pero sobre todo los plazos, el cumplimiento, la calidad, al Estado no le interesa llenarse de juicios, lo que le interesa es que los contratistas cumplan lo que ofrecieron, con la calidad del caso, los tiempos debidos y que se beneficie todo el mundo, yo creo que eso todavía no alcanzamos a entender pero también es un tema de actitud tanto de los particulares como del Estado.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Bueno, yo creo que cuando se habla de cláusulas de mediación a mi juicio es mejor hablar de convenio de mediación, es decir existe un acuerdo entre los órganos públicos y los particulares para que en caso de que aparezca un conflicto puedan someterse a un centro de mediación, este centro de mediación puede ser el mismo adscrito a la Función Judicial, puede ser un centro de mediación pública o un centro de mediación privado, ahí es cuando cobran importancia los centros de mediación públicos como el de la Procuraduría, yo creo que sí facilitan, yo creo que educa a las partes, les prepara no para una contienda sino para una real solución, pero claro en el litigio el papel aguanta todo, en cambio en la mediación nos vamos a sentar a ver realmente qué buscamos, cuál es la solución, qué queremos. En cuanto a los costos yo creo que sí, ahorra tiempo, ahorra dinero, si bien usted sabe que el Estado en eso le gusta litigar porque no paga costas pues, es un tema en que podemos decir que el Estado y los

particulares se van a sentar en simetría, es decir en igualdad porque dentro de la contratación pública hay algo que yo detesto particularmente, yo soy un enemigo del estatismo, el Estado se presenta como un ser superior frente a los particulares que deben someterse a lo que el Estado propone, entonces yo digo por qué?! Cuando el particular en muchos casos puede estar en simetría, muchas veces el Estado comete errores, cuando hablo del Estado es de los funcionarios, y no quieren reconocer, entonces yo creo que en una mesa podría haber un equilibrio una simetría y no como en un litigio donde hay una asimetría, entonces allí ganaríamos mucho en actitudes, ahorraríamos costos, tiempo, y el Estado al final ganaría, porque si usted ve cuantos juicios están acumulados y cuantas mediaciones se han dado en la realidad, entonces yo creo que debería haber inclusive una política pública del Estado que no solamente esté en la Ley porque aquí en el Ecuador todo está en la ley, pero debería estar en la cabeza de las personas para poderlo aplicar en los casos más complejos.

- En este contexto y en relación al caso que mencionaba anteriormente, qué podemos hacer para que ese funcionario público no tenga miedo a llegar a un acuerdo en una audiencia de mediación por temor a que la CGE lo glose?

Yo creo que hay varias cosas que podemos hacer, una en todas las audiencias de mediación donde estén particulares y órganos públicos sería interesantísimo la presencia del delegado de la Procuraduría, el Contralor, sobre todo en los casos mayores a US \$20.000,00 o de cuantía indeterminada pero también sería interesante que la Contraloría tenga un delegado, yo creo que sería interesante también hacer trabajos en coordinación. El gran problema del Estado es que lo que dice un órgano no dice otro, no hay colaboración, entonces cada uno va por su lado, entonces tenemos 20 ríos que en lugar de ser conectados cada uno va por su caudal, y yo creo que el gran tema es que debe hacerse una política de manejo de conflictos dentro del sector público, debería haber política pública al respecto, creo, me puedo equivocar, no la he visto.

La otra salida que creo yo que puede ser es la normativa, explicar a los funcionarios en qué casos en concreto se puede mediar. Hay una norma que muy a mi despecho son los instructivos administrativos, si bien estos sirven para que los funcionarios puedan

actuar yo creo que podría darse un instructivo en este sentido, si hubo instructivos en cosas descabelladas creo que aquí bien cabría un instructivo que les diga a los funcionarios, en tales y tales temas podemos mediar con tales y tales limitaciones, creo que eso haría falta, eso ayudaría muchísimo para que los funcionarios pierdan el miedo porque yo a veces siento que los funcionarios son defensores del puesto y no tienen el liderazgo, esa capacidad para poder dar soluciones claras, al menos ese es mi criterio, como le digo, mi visión es eminentemente privatista, yo no soy muy amigo de lo público.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Bueno yo en general soy enemigo de la obligatoriedad, yo soy amigo de la voluntariedad básicamente por la cultura jurídica que tenemos, nuestra cultura jurídica es pésima, si hacemos algo obligatorio los abogados o los funcionarios dirán porque es el obligatorio, no porque tenga la convicción pero en todo caso si es que hacemos que sea un requisito previo compulsorio obligatorio, creo que a la par debería haber un proceso de formación para que esa obligatoriedad no sea rito sino sea realmente una parte administrativa dentro del procedimiento que ayude a una resolución efectiva, yo creo que cuando hablamos de proceso ordinario o de justicia convencional, muchas veces es necesaria pero la mediación ahorra muchísimo tiempo, muchísimos juicios innecesarios definitivamente yo sí creo que la mediación podría ser una herramienta pero no poniéndola obligatoria, yo diría un instructivo claro ahí los funcionarios van a sentirse seguros.

Pero siento que los funcionarios no quieren sino hacer lo que dice el jefe o el ministro y quieren salvar su pellejo, más en momentos donde hay muy pocas plazas de trabajo, entonces la gente tiene miedo porque le van a poner una la glosa o porque la van a botar, entonces lo más fácil es decir esto no se puede, que otro lo resuelva en lugar de sentarse y de tener un poquito de trabajo y de creatividad, yo creo que los funcionarios públicos no tienen creatividad, yo creo que hay que cambiar el perfil de los funcionarios públicos para el manejo alternativo de conflictos, así como el

mediador es creativo o a veces busca salidas que tiene como el mago se saca conejos del sombrero igual debemos buscar mediadores que puedan ser funcionarios públicos está bien pero también deberían haber funcionarios del sector privado que ayuden a resolver estos temas.

- Si partimos que el problema es cultural porque nos han preparado para litigar, Cómo podríamos no ponerlo al tema de la mediación como obligatoriedad y al mismo tiempo se impulse? Porque bien o mal las partes al llegar a una audiencia de mediación tal vez no sepan ni con qué se come pero al explicarles les gusta y el crecimiento de los centros es por referencia de personas que les ha gustado y los han referido.

Lamentablemente no ha habido políticas públicas, en otros países los gobiernos han declarado el año de los métodos alternativos, se han hecho otras prácticas, yo voy a poner un ejemplo, digamos que le ponemos como compulsoria, veamos ejemplos múltiples, la Ley de tránsito, se puso que todos tenemos que pasar por los pasos cebras, ahí está multa, cuántos pasamos por los pasos cebras? Es un tema actitudinal, entonces yo creo que podríamos probar inclusive en poner la obligatoriedad pero mi miedo está en que la actitud este por encima de la convicción, entonces la gente va a decir bueno..., si se puede pongámoslo obligatorio, pero a la vez con reglas claras y démosle el liderazgo para que los funcionarios tengan la libertad suficiente, el conocimiento debido para que puedan trabajar, pero como logramos esto? Si viene una orden del Presidente sin una orden del Ministro, en tales y tales casos se podrá mediar, de acuerdo a la Ley porque ésta tampoco es clara en a, b, c, d, sería interesante hacer un cuadernillo, casuística sobre esto, qué sí, qué no, eso va a ayudar muchísimo a los funcionarios y debatir, hacer una suerte como de casos hipotéticos, y hacer comparaciones en tiempo, en dinero, en desgaste emocional, cuál es la mejor propuesta, la mejor posibilidad, cuál es el mejor camino para resolver?, un juicio que dura *per secula seculorum* o la mediación donde el *temporis* es claro.

-Los mediadores dentro del sector público deben ser funcionarios o no?

Mi criterio es que podrían ser mixtos, sería interesante porque muchas veces cuando los particulares por ejemplo, creen, ah... son funcionarios a quién están defendiendo?, eso ha ocurrido con mediadores que pertenecen al sector público, he oído a jueces

que dicen, yo no puedo fallar en contra del Estado porque soy un funcionario público, entonces yo creo que allí sí hay una limitación, yo creo que un mediador debería ser una persona independiente, de los particulares o del Estado para que ayude a arreglar y llegar a un acuerdo, ahí vamos a tener cambios sustanciales, hoy en día los funcionarios están repletos de trabajo y mal pueden dedicarse a la mediación que requiere esfuerzo, que requiere dedicación, mucha estrategia, que requiere inclusive momentos de investigación.

-Un funcionario que pertenezca a la Dirección de patrocinio judicial de un Ministerio, debería ser mediador de esa Entidad?

Yo diría que no, yo diría que sea de otro ministerio, de otra ala y en muchos casos que exista co mediación, que pueda compartir por ejemplo con un mediador privado, o dependiendo del caso, por qué no un mediador privado, como funcionaba antes la Procuraduría en el tiempo de Jiménez Carbo, funcionaba que pertenecían a la administración pública y con independientes, ni siquiera sector privado, eran personas que se dedicaban al ejercicio profesional o a sus actividades particulares.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Bueno quizá algo que yo no dije y que tiene relación con las preguntas deberíamos definir qué es interés público, porque por ejemplo, hubiera sido tan interesante en el caso del 30s tener un mediador público, eso era de interés público, en lugar que los militares vayan y den bala a los policías, que exista un equipo de negociadores de mediadores que resuelvan el problema y eso es pleno interés público, no cierto? Lastimosamente no tenemos mediadores, el Defensor del Pueblo debería ser un mediador, pero cual es hoy en día la tendencia? Solo defendemos derechos humanos, somos procurador de derechos humanos, está bien defender los derechos humanos y para eso están, pero hay casos en los que se requiere una voz persuasiva que ayude a resolver los problemas de diferente manera, entonces, no solo de mediación sino la negociación, ahí tenemos el interés público. Es solo el interés público un contrato para

hacer carreteras, para tener subcentros de salud, o interés público se refiere a derechos difusos, colectivos o se refiere cuando hablamos de intereses público únicamente a contratación pública? Cómo catalogaría a la mediación?, yo diría en número, cuantitativamente es insuficiente, si tu vieras el número de juicios frente al número de casos sometidos a mediación es insuficiente, y más en contratación pública, creo que hay un desconocimiento en este tema. En cuanto a lo cualitativo, yo diría que estamos en un proceso entre regular y bueno pero nos falta todavía para llegar a la excelencia, porque hay muchos elementos, formación universitaria, actitud de los funcionarios públicos, apertura, *open mind*, un convenio de mediación claro, formación de mediadores en este tema, entonces hay elementos que considerar.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Yo diría en arbitraje como que está claro, yo siento que en el Ecuador hay una tendencia, puedo estar equivocado, tengo derecho a ello, mi percepción es que hay un movimiento en contra del arbitraje al menos, y un desconocimiento en cuanto a la mediación, de hecho en mi experiencia muy pocos casos se resuelven en el tema público por mediación, en ciertos casos pequeños si se resuelven, pero casos más complicados no se resuelven y eso que va el delegado de la Procuraduría, se han formado como mediadores pero a la larga hacen lo que la autoridad le dice que tenga que hacer, entonces como te decía al inicio yo creo que necesitamos básicamente como políticas públicas en el sentido de difundir, declarar el año de la mediación, hablar de un instructivo, trabajar con la Procuraduría para descongestionar, sería interesante saber cuántos casos están en la Procuraduría, no sé si se ha hecho ese ejercicio, cuántos de esos pueden remitirse a mediación? Por ejemplo eso sería lo primero que podríamos hacer, por decir algo, a parte de las políticas públicas, de la propaganda, de la formación, etc. Entonces yo creo que se habla mucho de los métodos alternativos pero se tiene miedo de usarlos, siento eso, básicamente.

La política pública tiene varios elementos, una puede ser formación, otra de difusión, otra un proceso de depuración, cuántos casos lleva el Estado y vamos a mandar a

mediación tantos casos. La mediación puede ser local, internacional, etc. Otra política pública podría ser tener un instructivo para los funcionarios públicos que especifique que casos van a mediación, con esos temas tendríamos bastante ya.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Bueno, yo creo que si miramos el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, vemos que en la administración de justicia ya no solamente son los jueces o tribunales que manejan la administración de justicia, en el 17 hay un principio de servicio a la comunidad y forman parte del sistema de administración de justicia, los árbitros, los mediadores, es decir los MASC, e inclusive la justicia indígena, entonces, yo creo que aquí hay un punto claro, entonces los métodos alternativos no son aislados, guardan coherencia se complementan y forman parte de la administración de justicia. El otro tema es que aparte de la concepción y de la codificación tenemos leyes de diferentes materias, entre ellas las de contratación pública que habla sobre la mediación y el arbitraje, yo diría que a veces hay una confusión porque algunos personajes hablan de medición en equidad y de mediación en derecho, eso no existe, o sea existe mediación es el procedimiento que ahora quizá en la función pública el mediador va a cumplir otro rol, además de facilitar sería un contralor de legalidad, es decir no puede permitir que se firmen acuerdos que puedan vulnerar la Ley o la Constitución, más todavía en un Estado Constitucional de derechos y justicia, básicamente, entonces el mediador se convierte en un contralor de legalidad, igual hay temas como la mediación penal existen cuantos acuerdos reparatorios se han firmado, es decir, el que este en la ley, al menos en el caso ecuatoriano que nosotros tenemos un atavismo que creemos que con la ley cambiamos todo, los seres humanos se vuelven buenos de la noche a la mañana, la ley es un instrumento que depende de las personas que lo aplican. Y la Constitución igual, tanto es así que en el Ecuador cada 9 años estamos cambiando de Constitución, yo creo que necesitamos estabilidad, y eso es lo que menos tenemos. Mire usted en Estados Unidos con pocas leyes funciona la

mediación, un mediador gana muy bien, es decir es otro tema que acá los mediadores ganamos muy poco todavía, no es un mecanismo para vivir, hoy no se puede vivir de mediación, se puede ejercer la profesión, pero la mediación no es todavía una institución que brinde la posibilidad de vivir de ella. Creo que la ley es importante pero no es todo, se necesitan actitudes, mentes abiertas no corazones afiebrados, saber entender el que piensa diferente.

- Como cambiar la mentalidad de vivir de los conflictos a vivir para resolver conflictos?

Ese es el reto, yo diría ese es el cambio paradigmático al que hay que ir y ahí hay muchos cambios, cambio en la universidad, en los ministerios, en los funcionarios públicos, en los profesionales, yo creo que esto debería ser obligatorio para la mayoría de los profesionales que manejamos el tema. El tema de la mediación no es solamente una institución jurídica es una institución socio jurídica, eso es fundamental, y luego creo que deberíamos tener si es posible talleres, el Estado debería tener un equipo de negociadores, de manejadores de conflictos, dónde está ese equipo? En el 30s dónde estuvieron los negociadores? Y me admira porque tenemos hasta un ministro que supuestamente es especialista en el tema pero en ese caso no utilizó nada de la negociación. Me explico? Entonces hay temas que aparentemente soy duro pero creo que la mediación y estos métodos alternativos nos permiten una coexistencia pacífica, eso es lo interesante.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

En tanto en cuanto la Escuela no sea como la Escuela Judicial, yo no creo mucho que el Estado sea el único, yo pienso que sí se necesita yo diría homogeneizar, uniformar reglas para todos los centros, que pueden ser privados o públicos, entonces sí sería importante legislar y colocar cuáles serían los lineamientos mínimos para que los mediadores se puedan formar, por ejemplo hoy en día con 80 horas ya es mediador, eso no hay tal, el mediador se va haciendo, todo el tiempo va trabajando todos los días

en cada caso va aprendiendo y la mediación no solamente es aprender técnicas para dialogar son técnicas para poder aceptar al otro, son técnicas inclusive hasta de yoga, de autoconocimiento, *self control*, técnicas para enseñar haciendo esta cultura de paz, entonces sí yo creo que la formación es importante pero debe ser integral, interdisciplinaria, por ejemplo a mí me ha tocado hacer mediaciones interculturales, en inglés, en francés, con indígenas y allí uno ve realmente la necesidad de ver la diferencia, se necesitaría una Escuela pero sobre todo reglas claras para todos los centros, en el servicio. Ahora no nos olvidemos que a la larga la mediación es un servicio que brinda y como tal está sujeta al derecho de los consumidores. Podría haber un Colegio de Mediadores, es más parangonando a Edward Mata, creo que sería bueno hablar de conflictología, crear una Escuela de expertos en conflictos, las sociedades que se desarrollan o que van hacia el futuro son las que manejan los conflictos no las que hacen conflictos, son las que los resuelven no las que viven del conflicto.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Haber yo esta pregunta le diría si hay 34 ministerios que es lo que creo que hay, imaginémonos 34 centros de mediación, sería muy complicado, el Estado debería tener 2 o 3 centros de mediación como la Procuraduría que luego tiene sus brazos en diferentes lugares y otra cosa creo que deberíamos capacitar a la mayoría de funcionarios públicos en tanto en cuanto no roten en mediación, porque qué tal si un funcionario público sabe mediación en lugar de complicar la vida como la mayoría lo hace porque perdón por lo que voy a decir para mí la administración pública es hacer creer que trabajan molestando a los funcionarios, yo no creo en el Estado, para mí el Estado debe ser mínimo, por eso me molesta cuando crece tanto y nos controla lo que hay que decir, a mí me molestan porque es hacer creer que trabajan poniendo los problemas que no existen, entonces hay que cambiar a los funcionarios y formar a los funcionarios, que ellos sean mediadores en cada caso, utilizar la prevención del

conflicto, porque hacer un lío de donde no hay, cuando pueden ayudar a resolver, pueden prevenir antes de que se dé el lío, me explico?, o sea porque el centro de mediación ya van a ir cuando el conflicto se ha dado pero por qué no evitamos que surja el conflicto cuando tenemos funcionarios capacitados y no capacitados con PHD's o maestrías que están bien, valen la pena capacitados con el sentido de tratar de entender al otro y de servir a la gente, no de ponerle obstáculos.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Esta es una pregunta interesante, en la actualidad no hay órgano contralor lo que hay es un órgano registrador que es el Consejo de la Judicatura pero también es otro tema que hay que tener mucho cuidado, ¿qué incentivo tienen los mediadores?, ahorita ninguno yo le digo soy mediador 20 años y más gano dando clases, dando mis conferencias en el exterior, resolviendo conflictos en otro lado, quizá ahora va a ser la primera vez en 20 años que tengo un honorario más o menos grande y eso también es una expectativa pero si empezamos a controlar, a sancionar sería bastante complicado.

- Tal vez sería el registro para controlar más a los centros que al mediador en sí?

Yo creo que sí de pronto a los centros para que brinden un buen servicio, pero como digo los usuarios también podrían usar la ley de defensa del consumidor, hay mecanismos, es un servicio, a mí me da mucho miedo los controles y las sanciones porque de pronto el mediador va a perder hasta el incentivo, si me van a controlar y yo no gano nada, no tengo nada o sea en la vida estamos hablando que todo es costo y beneficio, porque el mediador que lindo que resuelva los problemas y qué recibe a cambio?, tiene que haber un proceso, está bien que haya un registro de mediadores, ahora si es el Ministerio de Justicia hay que tener mucho cuidado porque es una entidad ejecutiva y si los mediadores forman parte de la administración de justicia, lo correcto sería que estén a cargo del Consejo de la Judicatura creo yo, pero que no sea solo control, sino que también exista incentivos, el Estado si quiere sobrevivir porque

felizmente todo Estado que se engorda algún día explota, no dura para siempre y esa es mi tranquilidad así no viva para verlo lo veré, el Estado no perdura, sin embargo para que el Estado tenga la posibilidad de tener eficacia se necesita incentivar, hay que controlar la calidad, eso está bien porque eso puede ser una persecución, estoy seguro, hay que controlar la calidad pero también hay que incentivar, me explico?, esos son los puntos que podría decir.

- Cuál sería su criterio con el principio de la confidencialidad en relación al sector público? Hasta dónde llega?

Yo veo a la confidencialidad en el sector público relativa, más aún el acceso a la información, al menos mi tesis es que aquí en contratación pública, todos los contratos son públicos, están en el portal y todo, igualmente si se firma un acta de mediación debería ser pública, porque si es confidencial que van a creer que están guardando algo, que hay un negociado, no!, todo debe ser transparente, claro y creo yo que la confidencialidad no tendría lugar por los elementos que hay, en contratación pública me refiero, en otros temas sí, en donde tiene sentido, temas laborales, comerciales, inversiones pero hay otros temas que es mejor que la cosa esté clarita.

- Y las actas de mediación se subirían al portal de compras públicas?

Yo al menos sí soy partidario de eso porque es como una sentencia pero sin que exista un juez, simplemente las partes son las que llegan a un acuerdo, además el mediador no va a permitir que se firme nada *contra legem*, contra la Constitución, entonces cuál es el problema. En los demás casos en materia privada la confidencialidad es el elemento que diferencia a la mediación del resto pero aquí además las entidades públicas podrían exigirles a través de la acción de acceso a la información por ejemplo, entonces evitémonos esos dolores de cabeza. Por eso creo que a los mediadores en ese tema hay que prepararlos adecuadamente, para las presiones, para que no sientan que son poderosos, hay que prepararles en muchos elementos que no son jurídicos necesariamente.

- En ese sentido se podría hacer un sorteo para designar al mediador?

Eso es lo que hacen en la mayoría de centros o a veces, también las partes piden que sea un mediador en particular. Sería un buen sistema y el otro tema creo yo es importante, hay que empezar a calificar la especialización de los mediadores, por ejemplo empezar con casitos pequeños para un mediador nuevo a si va aprendiendo y luego poco a poco se le va dando. Ahora un problema que veo es que hay muchos abogados que pueden tener reputación, un gran perfil, que pueden ser famosos, buenos en el oficio pero no necesariamente un buen abogado es un mediador. Entonces hoy muchos centros están plagados de abogados que son mediadores sin haber hecho un curso de nada y la gente llega a un acuerdo porque los abogados mediadores les inducen al acuerdo, entonces en eso también hay que tener mucho cuidado, el mediador no solo es un profesional del derecho, el mediador es un humanista, es alguien que predica la paz, entonces hay cambios actitudinales no solo institucionales no solo jurídicos sino integrales.

Entrevista al Dr. Roberth Puertas

Director del Centro de Mediación de la Fundación "Fabián Ponce"

Fecha: 4 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Sí, creo que es un método efectivo, porque ante el colapso de la Función Judicial es necesario empezar a recurrir a otras alternativas adecuadas de solución de conflictos, y la mediación resulta adecuada, al menos desde nuestra experiencia, la mayoría de conflictos se resuelven por mediación, así que entre el Estado y particulares también podría suceder lo mismo.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? ¿Las actas se cumplen? ¿Se les han dado seguimiento?

Con el sector público no tenemos mucha experiencia, con el sector privado sí, las actas se cumplen, creo que estamos sobre un 90% de cumplimiento teniendo en cuenta que las partes voluntariamente acuerdan hacer, dar o no hacer alguna cosa, al parecer de lo que se conoce del sector público lo que más va a mediación son los relacionados con los servicios que presta el Estado a los ciudadanos, entonces todos esos temas contractuales que son además transigibles yo creo que perfectamente podría aplicarse a la mediación para esos casos con el sector público.

En el caso del sector público podría haber algún problema en cuanto a la capacitación de los funcionarios y a la difusión que se le ha dado a la mediación?

El tema de la mediación pasa por la difusión, promoción, conocimiento, y lo que pasa en el sector público también pasa en el sector privado, hay muy poca difusión y muy poco conocimiento de la mediación, por eso en este momento quienes están utilizando la mediación son solo un grupo de privilegiados que conocen de este método alternativo de solución de conflictos, así que el ir hacia la capacitación, difusión va a contribuir mucho a que las personas hagan uso de esta herramienta.

- Para aplicar la mediación como requisito previo consideraría usted en que se lance una campaña para cambiar la mentalidad litigiosa a una cultura de paz?

De hecho como usted dice esto es un tema cultural y esto requiere trabajar en información, difusión, capacitación, mostrar buenos ejemplos pero también el tema normativo que es el que va a aportar el que la mediación sea prejudicial y sea obligatoria. Entonces las personas van a hacer un cambio en su forma de enfrentar sus conflictos pero desde la ley, cuando la norma les imponga que vayan primero a dialogar, y después si no consiguen arreglar el conflicto vayan a litigar, entonces ese va a ser el cambio yo creo profundamente que con los años se lo va a mirar cuanto ha aportado en el cambio cultural del país y creo que va a ser positivo además.

- Desde que se creó la ley de mediación en el año 1997, los diferentes centro de mediación han ido aumentando sus casos, esto ha sido suficiente para acoger la demanda para solucionar el sistema judicial en forma eficiente, evacuar, ha sido un alivio para la Función Judicial?

Claro, la mediación a hecho lo que puede, en el año 2009 aproximadamente 9000 causas fueron a Centros de Mediación, de esas 9000 causas 6000 y algo se resolvieron satisfactoriamente, lo cual significa más o menos un 75% de acuerdos sobre el 100% de mediaciones que se dieron, si usted mira 6000 causas resueltas es más menos lo que hacen 20 juzgados en el país con todos los costos que eso significa, si toma en cuenta que a más de eso que los centros en su mayoría existen actualmente son privados estamos diciendo que hemos hecho lo de 20 juzgados en el país o un poco más pero incluso allí no hay una mediación respecto de los plus que usted tiene en una mediación porque no es solo que se resuelve el litigio se resuelven los conflictos que hay en las familias, en las comunidades, o sea se va mucho más allá de lo que se hace en un juicio y además de eso súmele el hecho de que las sentencias (actas) además se cumplen y por lo general voluntariamente, no necesitan llegar a las últimas consecuencias, mandamientos de ejecución y demás como se lo hace en los juzgados como una resolución o una sentencia de juez.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Por supuesto que sí, a mí me parece que es fundamental el tema pero también el cumplimiento de estas cláusulas, porque si bien tengo una cláusula de mediación hay personas que se las saltan y recurren a los jueces ordinarios, cuando estas cláusulas justamente facilitarían la resolución del problema y eso tiene impactos por las ventajas que tiene la mediación sobre el proceso judicial en cuanto a tiempos, costos, y más costos de oportunidad, etc. Estas ventajas hace que redunde en el tema de costos y no solamente para el Estado sino también para los particulares y no solo para la institución que tiene un conflicto con un particular sino incluso para el Estado en su conjunto a través de la Función Judicial, si ésta gasta menos en resolver cada conflicto de los ciudadanos obviamente va a tener un impacto en su presupuesto final anual, así que la mediación tiene impacto en diferentes niveles en cuanto a costos.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Bueno aquí somos convencidos realmente de que todo conflicto que se origine en la sociedad debería primero ir a mediación y solo en los casos en los que no lleguen a un acuerdo concurrir entonces a los jueces y juzgados del país.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Excelente, porque la experiencia nos dice que este es el método mucho más eficaz que el proceso judicial, que es el otro método que nos propone el Estado, costos que están relacionados con lo que las personas tienen que gastar, el tiempo, los costos de oportunidad, y lo otro es resolver los conflictos, o sea ser un método que va realmente a solución del conflicto y a la superación del conflicto que existe lo hace que tenga ventajas comparativamente superiores al proceso judicial.

- Por qué deberíamos considerar que la mediación no debe ser considerada como una competencia para solucionar conflictos administrativa y judicialmente?

No es una competencia al proceso judicial o a los juzgados y tribunales de este país, esa competencia no existe porque lo que existen son métodos adecuados de solución de conflictos, así usted va a poder ver que la mediación soluciona o es un método eficiente, muy eficaz para ciertos conflictos pero para otros no, y precisamente esos otros son los que tiene que pronunciarse un juez o un juzgado o un tribunal de este país, así que no hay ninguna competencia solo hay métodos adecuados, en algunos casos va a resultar que el proceso judicial sea un método adecuado para determinado proceso, entonces deberíamos aplicarlo para ese proceso, pero para aquellos procesos en que las partes pueden convenir, las partes tienen la voluntad de realizar un acuerdo, la mediación es lo más adecuado para ellos, por lo tanto no debería entrar nunca a la esfera judicial o del proceso judicial.

- Tomando en cuenta la cultura de litigiosidad en nuestro país, podríamos afirmar que se ha abusado del principio de voluntariedad por parte de los mismos abogados, de las personas en general para impedir el crecimiento de este método alternativo de solución de conflictos? Podría considerarse como una debilidad a la voluntariedad como esta propuesta actualmente?

Bueno, yo creo que esa voluntariedad ha tenido su momento y ha tenido su espacio en el acontecer del país, esa misma voluntariedad ha impedido cierto tipo de cambios, estamos los ecuatorianos a que los cambios nos sean impuestos a veces, culturalmente podríamos decir que la mediación camina cambiando a cierta gente pero lo hace muy despacio y entonces esa voluntariedad sí fue un primer momento pero creo que ahora hay que ir a la obligatoriedad, por qué a la obligatoriedad, porque la mediación ha demostrado tener muchas ventajas, contribuir para una cultura de paz, ha demostrado que aquellas personas que ya fueron a una mediación reinciden, o sea que nuevamente van a otra mediación y empiezan hacer de la mediación y del diálogo una herramienta de solución de sus conflictos, sí pero esa misma voluntariedad ha hecho que sea algo no el instrumento principal para solucionar conflictos, sino algo accesorio, además que si quiero lo utilizo sino quiero no lo utilizo, por lo tanto ha sido dejado de lado por la mayoría de los profesionales del derecho, los mismos jueces no lo utilizan a pesar de que pueden remitir los casos a mediación, entonces hay una inercia que nos mantiene allí todavía trabajando en un *stand by*, sin embargo usted puede ver que las estadísticas hablan y yo puedo hablar de este centro de mediación, que nosotros empezamos con 30 casos al año, hoy manejamos cerca de 400 casos al año, como no tenemos propaganda la forma de acceder de las personas a nuestro centro es boca a boca, o sea esas 400 personas llegan porque alguien que está conforme, satisfecho con nuestro servicio lo remitió a nosotros, entonces mire por ejemplo tenemos ahora policías, la propia policía nos deriva muchísimos casos para que arreglemos asuntos familiares de su tropa y por qué lo hacen?, porque miran que la mediación ha aportado significativamente a la solución de los conflictos familiares de la tropa en este momento, entonces usted puede ver que toda la gente que viene a mediación satisfecha de la mediación, remite a mediación pero eso es un tema de boca a boca, es un tema que voluntario. Si esto se institucionalizara y el cambio fuera a nivel

institucional, integral, a nivel país, la revolución sería grande, se vería los cambios realmente en 4 o 5 años este país hablaría siempre ante un conflicto primero dialogar y después litigar, eso sería la norma y no como ahora, primero litigar, judicializar las cosas y tangencialmente el tema de dialogar, incluso para ciertos abogados está mal dialogar con la otra parte, está mal intentar buscar un acuerdo, entonces eso se va superando, ahora ya tenemos abogados que conocen un poco porque es un tema de educación, de cultura, de promoción, reconocimiento, vea el anteaño pasado un canal de este país hizo programa de televisión sobre mediación, después de ese programa el día lunes, todos los centros de mediación en el país registraron un alza de usuarios, lo que significa que la gente no conoce de la mediación y las ventajas que existen.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Nosotros como fundación sostenemos nuevamente el tema de que Estado no puede limitarse a entregar a sus ciudadanos un solo método o un solo modo de solucionar sus conflictos que surgen en la sociedad, o sea no les puede condenar al país a decirles, ustedes cuando tengan conflictos tienen que ir donde un juez, judicializar las cosas, hacer un juicio, llevar abogado y a recorrer el tortuoso camino que es la administración de justicia que es en este momento, el Estado debe tener una política clara de dar a sus ciudadanos otras alternativas para que solucionen sus conflictos, dentro de eso están los jueces de paz que tampoco se ha hecho mucho, está la mediación obviamente, está el arbitraje y están los métodos de solución de conflicto en general, sin embargo no existe una política desde el Estado que nos diga por aquí vamos a caminar.

Si usted ve el presupuesto de la Función Judicial y los planes que tienen para ampliar la Función Judicial solo se limitan a creación de juzgados, no existe una política de creación de centros de mediación, de fomentar la justicia indígena, los jueces de paz, mediación, no, simplemente se vende a la sociedad ecuatoriana que la reforma a la Función Judicial pasa por contratar más jueces, lo cual no tiene efecto, del 2002 al 2006 se han contratado más jueces, se han creado más juzgados, se ha duplicado el

presupuesto de la Función Judicial y no existen resultados, entonces un poco es eso, ese no es el camino y la política del Estado sí debiera ser clara, tenemos que abrir otras alternativas de solución de conflictos.

-Qué papel jugaría la mediación para una reforma estructural de la justicia y para que ésta se ejecute en un corto plazo?

Habría que ver la propuesta del gobierno para la reforma judicial, si la especie de triunvirato tiene efectos en la gestión y en los modos de solucionar los conflictos pero como está planteada no se avizora ningún tipo de cambio más allá del estructural del Consejo de la Judicatura, hay que ver si ese cambio influye en lo que es gestión y administración de justicia en general.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Yo creo que son avances pero creo que hay que ir a otro momento que es justamente la mediación prejudicial obligatoria, para institucionalizarla y a través de norma intentar hacer cambios incluso culturales en las personas que tienen conflictos en ese país, así que no creo que sea suficiente, obviamente los cambios de mediación prejudicial obligatoria significará un cambio no solamente normativo sino cultural y estructural dentro de la Función Judicial y también presupuestario, así que yo esperararía que dentro de poco tengamos tantos jueces como mediadores existan en la Función Judicial. Tengamos igual juzgados y centros de mediación en todos los cantones del país, tengamos universidades que formen abogados y mediadores.

- Sería conveniente que antes de la implementación de la reforma el Estado destinara más presupuesto no solo para la creación de centros sino para capacitar a las personas que van a acudir a la mediación?

Sí, por supuesto yo creo que tenemos recursos, nosotros estamos haciendo un pequeño ejercicio matemático, esperamos terminarlo pronto para demostrar cuánto cuesta un juzgado y cuánto cuesta un centro de mediación, de los datos preliminares

que tenemos que cuesta menos un centro de mediación, lo otro es cuál es la productividad de un centro frente a la de un juzgado, y nuevamente los centros tienen una productividad que será a veces por 3 a la productividad de un juzgado, entonces cuando hablamos de políticas de Estado, si este crea centros de mediación evitará o podría dejar de crear 3 o 4 juzgados sin ningún problema, que la ciudadanía va a estar bien servida con un método en solución de conflictos, así que yo creo que por ahí podemos mirar que se puede mejorar mucho desde la gestión, desde el uso de recursos de manera adecuada, dirigiéndolas a mediación y no a mantener el proceso judicial como única alternativa de solución de conflictos.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

Ahí me preocupa la centralización del tema, con una Escuela Oficial, me preocupa que sea oficial en el sentido de que se burocratice, lo que yo sí creo es que podríamos tener estándares nacionales para capacitación, a través de un reglamento, la ley o a través de la auto regulación de los centros como es lo que pretendemos algunos centros de mediación de este país, podríamos establecer, de hecho en una reunión hace 2 meses atrás se estableció ya algunos estándares acerca de la capacitación que los centros deben dar, se hablaba mínimo de 120 horas por ejemplo, de mínimo 40 horas prácticas, se hablaba que cuando un mediador se integre a un centro deberá ser evaluado en ese centro, de manera práctica, no solamente por el currículum que trae sino que deberá realmente enfrentar una mediación del centro previo a ser admitido en un centro, entonces yo creo más en los estándares, en el tema de descentralizar esta capacitación, me parece que hay más riqueza en eso.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Sí, no es una mala idea pero lo que me preocupa y lo que habría que tomar en cuenta es el tema de la imparcialidad y neutralidad, creo que esto ya ha jugado en algunos otros países algunas experiencias el mirar quien hace la mediación, si tenemos problemas con el Municipio y el centro es municipal las personas tienen a veces la preocupación de que el mediador no vaya a ser imparcial, entonces habrá que tener cuidado en el tema si lo hacemos en el Ministerio o lo hacemos fuera del Ministerio, creo que igual un Ministerio público y a buena cantidad de instituciones les ha pasado este tema por el tema de la imparcialidad, esta cruzado por eso y creo que hay que chequearlo bien a ese asunto.

Hay que ver que no se cruce el tema administrador-administrado pero si es el propio ministerio quien lo administra podría afectarse la imparcialidad, podría haber alternativas varias como crear centros particulares con financiamiento del Estado o los propios centros de la Función Judicial obviamente dentro del presupuesto del Estado al cual puedan acudir los Ministerios, el sector público sin ningún problema.

- Qué podría pasar si los funcionarios que trabajan en estos centros son parte de la institución, no serían funcionarios de los ministerios sino designados por el Ministerio de Justicia bajo el registro de mediadores que posiblemente llevarían ellos, podría ser esto una salida para evitar ese conflicto que mencionaba de administración – administrado dentro del mismo aparato estatal?

Creo que se debería estudiar un poco más el tema pero hay que garantizar imparcialidad y sobre todo hay que garantizar, ustedes que saben que en la mediación el mediador no solo debe ser sino también parecer igual que la mujer del cesar, no es cierto?, entonces no solamente hay que parecer neutral sino hay que ser neutral, así que eso hay que garantizarle, hay que buscar mecanismos, yo creo que a lo mejor se puede pensar en algunos mecanismos de tal manera que la imparcialidad sea percibida por los usuarios y esos usuarios no tengan ningún problema al ir a mediar en un centro de un ministerio

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través

de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

A ver yo creo que si debe haber un registro oficial de mediadores, de hecho se lo estaba promoviendo a través del Consejo de la Judicatura y de la obligación de registrarse que tienen los centros, creo que es válido establecer un registro oficial sin embargo yo no creo que debería llevar el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, básicamente porque a nivel orgánico podemos ver que la mediación forma parte de la función judicial en nuestra constitución y entonces está más cercano a la función jurisdiccional que a la función ejecutiva, entonces ahí mi única observación a este registro oficial y a la idea de un registro oficial sería llevarlo o que el registro sea llevado por un ente que le corresponde otras funciones, o sea la función ejecutiva, es un tema jurisdiccional y creo que debería estar en la función judicial.

Entrevista al Dr. Pablo León

Subdirector del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

Fecha: 5 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Gracias por la entrevista, yo considero que dado la política del Estado de ir a las últimas instancias por el temor a ser glosados, en verdad lamentablemente, el mecanismo de mediación no se torna en un mecanismo eficaz para llegar a la solución, porque desde mi punto de vista, ya en la práctica nunca llegan a firmar acuerdos por el temor que tienen que la Contraloría General del Estado les glose, lamentablemente no se cumple ese parámetro.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

Justamente como no están prestos a firmar mediación, eso no sucede, en realidad no hay resultados sino que se van directamente al arbitraje, entonces concretamente a los casos que son sometidos a mediación bueno, se someten múltiples situaciones, especialmente contratación pública, pero también hay claro temas laborales, sí hay de todo un poco pero no se firman actas.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

En realidad esa no es una solución, no es tan importante si hay o no en los contratos una cláusula de mediación porque ya como lo dije aunque venga la mediación en realidad no firman acuerdos por este aspecto de que tienen que pelear hasta la última instancia, tanto es así que cuando hay un arbitraje, no ganan, necesariamente siempre interponen acción de nulidad, entonces siguen hasta el último, realmente no podemos afirmar que contar con una cláusula de mediación en contratos pueda resolver los problemas, adicionalmente no tanto el Estado sino el actual gobierno tiene una política no muy favorecedora a lo que son métodos alternativos de solución de conflictos y se pactan cláusulas que son patológicas, esto más en el arbitraje, entonces realmente es muy complicado.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Yo considero que en ningún caso la mediación debería ser obligatoria por más tema público que se trate, porque los MASC están concebidos a tratar temas de carácter privado, es una concesión que el Estado hace a los privados para que sus asuntos sean sometidos a una justicia privada, entonces por más situaciones que intervenga el Estado, se traten asuntos como de familia siempre debe privar el carácter voluntario por las consideraciones que estoy exponiendo y vuelvo a insistir en el tema, que sacamos en que sea obligatorio si el Estado no está presto a firmar acuerdos cuando tiene que seguir peleando hasta las últimas consecuencias?, pero obviando que no

existiera esa situación considero que definitivamente se debe respetar la voluntariedad porque estamos dentro de un sistema de justicia privado.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

De acuerdo, si tomamos en cuenta el método pacífico de solución de conflictos de interés público en cuanto a las materias no que interviene el Estado por ejemplo que intervienen privados en materia familiar, eso es un interés público entonces ahí se logran acuerdos, yo lo calificaría como excelente definitivamente, si interviene el Estado no vamos a llegar a un acuerdo entonces en ese sentido si considero mientras se mantenga el interés público y no participe el Estado sí se convierte en un método muy eficaz para solucionar ese tipo de temas.

- Es decir que intervengan los centros dentro de su competencia para resolver casos de interés público pero no directamente el Estado?

Es decir siempre y cuando no intervenga como parte el Estado, porque si interviene el Estado sabemos que no va a firmar un acuerdo entonces ahí no se puede calificar eficacia porque ya hay una predeterminación a que no hay acuerdo pero si hay casos que intervienen particular sobre todo en familia y familia es un interés público, entonces mientras intervengan los privados se va a lograr un acuerdo, entonces va a ser un sistema muy eficaz.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

A ver, definitivamente la política del Estado tiene que ser que ellos tienen que ir con la mentalidad que si pueden llegar a un acuerdo, que no tengan ese obstáculo que representa el hecho del temor a ser glosados, es decir debería establecerse que el llegar a un acuerdo sea total o parcial no sea una glosa por parte del Estado, mientras eso no se establezca como política no vamos a avanzar a ninguna parte.

- Usted considera que el Estado todavía no ha hecho las gestiones para difundir, implementar los métodos alternativos para una aplicación masiva de los mismos?

Tengo entendido que lo que ha hecho es abrir centros de mediación a través de ProJusticia, sí, pero no creo que hay la suficiente difusión, hasta ahora no hay mucha gente que no entiende cuál es la diferencia entre acudir a la justicia ordinario o que es mediación o arbitraje, es decir hay gente que no sabe que hay este tipo de mecanismos.

- Qué podría hacer el Estado para cambiar la mentalidad conflictiva de las personas a una mentalidad pacífica de los problemas?

Definitivamente creo que comienza por la educación, yo creo que si el Estado a través del sistema de educación pública, desde el colegio podría ser, no necesariamente desde la escuela, la implementa como una materia, hay una experiencia en Colombia, iniciativa de la Cámara de Comercio de Bogotá pero que trabaja con centros de educación pública en donde les enseñan a los estudiantes a resolver ellos mismos el conflicto a través de un compañero que claro es mayor pero que impone una autoridad de mediador, mediación escolar, me parece que es una interesante experiencia, entonces creo que si aquí se impusiera desde la educación, esa cultura de mediación como arreglo pacífico de solución de conflictos, cultura de paz en general, cambiaría bastante la forma de ver de las personas, que sería más importante solucionar los problemas de una forma más pacífica que pelear necesariamente, entonces por ahí empieza, no es solo cuestión de hacer difusión pública o campañas, ya hemos visto que sí se puede hacer una campaña masiva cuando por ejemplo por parte del Ministerio de Relaciones laborales instala carpas en plena vía para explicar a los trabajadores sus derechos, podrían ser eso con la mediación, por qué no, pero creo que complementariamente debería haber una educación desde pequeños.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Bueno esto va muy relacionado con lo que acabé de contestar, no es cuestión de que esté garantizado, contemplado en la Constitución o en leyes, es necesario que se cumpla, los problemas del país no desaparecen porque cambiemos la Constitución o las leyes, es importante aplicar las normas que ya existen y por otra parte más importante aún que los ciudadanos conozcan que existen, creo que sí hay que hacer difusión bajo una cuestión de educación y cambiar la mentalidad que es bastante complicado, hacerles ver que ahorras tiempo, dinero cuando acudes a una mediación y resuelves tus conflictos, entonces considero que hay mucho por hacer pero si el Estado va a tomar esa posta tiene que hacer una campaña bastante fuerte.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

Bueno yo entendería que lo que se quiere es institucionalizar una entidad oficial de capacitación, actualmente cada centro da capacitaciones, los programas son muy similares claro a lo mejor no hay uniformidad pero en realidad sí hay estándares porque los capacitadores que puedan dar o tener funciones de instructores son los mismos que funcionan en muchos centros, se repiten, entonces se va imponiendo un mismo estilo, pero así como que instalar una Escuela Oficial de Mediadores suena como que instauras una entidad que sea la pública, la oficial, casi la centralista, es decir por la que necesariamente tendrías que aplicar, eso significaría que quizás esa sería mejor, le restas importancia a las otras, no sé, no le veo porque hacerlo, insisto la mediación y el arbitraje son privados, involucrar al Estado es como involucrar al Estado en un tema que le es casi ajeno.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Creo que serían los mismo funcionarios de la entidad los que tendrían la calidad de mediadores entonces son juez y parte, definitivamente así no puede funcionar, eso no

va a dar credibilidad ni confianza a la persona que quiera mediar ahí, entonces en primer lugar no vas a tener gente que voluntariamente quiera ir a ese centro a solucionar sus conflictos, en segundo lugar, que a través de una cláusula de mediación, que suele pasar lo estableces que vayan a ese centro peor todavía, se vulneraría un hecho constitucional que es el que justamente el derecho de defensa, estas obligando a acudir ante la misma entidad que es con la que tiene problemas, entonces en ese sentido no es correcto, no es saludable hacer este tipo de cosas, hay que dejar la libertad que se escoja el centro, no solo por parte del administrado sino también por el administrador de escoger el centro que sea el más adecuado para resolver sus conflictos. Aún si los funcionarios fuesen independiente siempre queda la duda, por qué al centro de la entidad pública que tengo problemas? No te genera confianza y obligar es peor todavía, no se va a llegar un acuerdo voluntario y eficaz que se vaya a cumplir de acuerdo a los intereses de cada una de las partes.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Ya existe un Registro actualmente en el Consejo Nacional de la Judicatura, no solo se registra la lista de los mediadores de un centro sino hasta sus firmas, con el objeto de que cualquier ciudadano que celebró un acta de mediación quiere verificar si esa firma es o no su firma puede ir al Consejo Nacional de la Judicatura y determinar si es así, pero ojo en la actual Ley de Arbitraje y Mediación se deja a cada centro de mediación tener parámetros mínimos, entre eso como se incorpora y excluye a un mediador y por consiguiente tu mismo estableces facultades sancionadoras disciplinarias pero eso dejarlo a un ente como el Ministerio de Justicia no, insisto es un sistema totalmente privado de solución de conflictos, hay que dejarlo a los entes que lo administran, sean fundaciones, cámaras, etc., y el hecho que intervenga un organismo como el Ministerio de Justicia o cualquier otro sería restarle el ideal por el cual el Estado cedió estos mecanismos para solución de asuntos privados.

– No considera que debería haber un nexo entre el poder ejecutivo y el poder judicial?

Así lo considero, por más interés público que sea por más que este participando el Estado la resolución que salga de allí es obligatoria para el mismo Estado, hay que respetar eso que hay una ley que reconoce estos sistemas, y no, o sea, para mí sería de hecho los centros tiene una lista oficial de mediadores al público y son los que responden por esa lista, por la idoneidad, la ética, la formación de sus mediadores por consiguiente son los llamados a establecer medidas sancionatorias o disciplinarias.

- Ante el planteamiento de una nueva reforma judicial para cambiar la justicia en nuestro país, cree usted que la mediación sea como requisito previo, sea como se lo ha venido llevando con la voluntariedad sería un mecanismo eficaz para viabilizar esta reforma judicial que se está planteando actualmente?

Bueno este es un criterio muy personal mío y no a nombre de la Cámara de Comercio de Quito, mi criterio es que mucho se habla de que estas reformas en cierta forma buscan darle más poder a la justicia, eso en cierta forma haría que la gente vea con más fuerza y buenos ojos los métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación y el arbitraje, eso haría ver más desconfianza en la justicia ordinaria, y como que huirías más a los métodos alternativos, al menos en temas de carácter transigible. Lamentablemente en temas no transigibles vas a tener ese único mecanismo.

Entrevista al Dr. Jorge Luis Brusonni

Mediador de la Cámara de comercio de Quito con 15 años de experiencia

Fecha: 5 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Creo que en el sector público no es un método efectivo para solucionar controversias, creo que podría pero que en la actualidad no lo es, en la experiencia que yo he tenido básicamente porque hay mucho temor del funcionario público por una glosa, responsabilidad personal por haber concluido la controversia a través de un acta de mediación.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

La experiencia ha sido que la mayoría son casos contractuales, son diferencias en contratos que en un porcentaje pequeñísimo hemos terminado con actas de mediación y no hay seguimiento.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Hace falta mucho más que poner una cláusula, de hecho en la mayoría de contratos con el sector público que indiscutiblemente se incluye una cláusula, aquí está suficiente primero reforzar la ley, segundo una educación, a los funcionarios encargados de administrar para que la efectividad de la mediación tenga un mayor cambio.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Sí, me parece que sería un gran mecanismo, porque en mi experiencia he visto que es posible resolver un porcentaje importante de casos en esta fase, de esta manera se descongestiona la justicia y se reduce el número de casos.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Insuficiente, como digo en problemas del sector público los funcionarios tienen miedo al proceso.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Creo que por un lado la ley en este punto de la vida requiere una reforma, creo que hay que introducir ciertos cambios, la otra cosa es educación, creo que falta una difusión en qué consiste la mediación, en el sector público yo noto que los centros de mediación son sitios en los que el Estado va en situación de desigualdad y donde el centro le va al privado.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Claro, yo creo que aquí viene un tema de educación fundamental también la selección de árbitros y mediadores, en organismos como este se trata de gente demasiado involucrada con el sector privado que no va a tener objetividad e imparcialidad en temas del sector público y eso hay que ir cambiando.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? –coadyuvando los centros de mediación?

Me parece bien pero yo no hablaría solo de una escuela oficial, me parece bien a través del tema de las universidades y lo que sí me parece importante que haya un solo Registro Oficial.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

En mi opinión no, más bien deberían haber en cada ciudad, provincia y cantón, deben haber pocos centros de mediación que tengan esa característica de ser independientes de las partes, que sean profesionales debidamente capacitados. Creo que actualmente lo que si se da es que hay muchas instituciones del Estado que tienen centros de mediación y creo que más bien es dispersar los recursos y el esfuerzo, habría que concentrarnos para tener mayores resultados.

- Los centros de mediación que ya existen y en donde trabajan los funcionarios deberían ser estos ajenos al Ministerio, cómo podríamos ayudar a su independencia?

Lo que pasa es que yo conceptualmente creo que de alguna manera debería como un impulso a la reforma legal debería establecerse centros que no dependan de nadie, que sean autónomos, independientes, que tengan un financiamiento, que sean autofinanciados, para que efectivamente no tengan que depender de nadie y que de esta manera den ese mensaje de transparencia que hace falta.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Si soy partidario de que se debe regularizar de alguna manera.

Entrevista al Dr. Hugo García

**Director del Centro de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-
Americana**

Fecha: 10 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Yo creo que la mediación en general es un sistema óptimo para la resolución del conflicto entre públicos o privados, creo que existe mayor temor por parte del sector público a acordar, a llegar un acuerdo, en virtud de la posible glosa, he visto en los cuales en algunos casos del sector público sí termina transando y suscribiendo un acta de mediación, siempre se cuida de tener la aprobación de la Procuraduría, eso es más o menos como algo sagrado, si la Procuraduría aprueba se suscribe, bueno hay un problema cuando aprueba diciendo, se deja en libertad, a criterio de, la Procuraduría no puede pronunciarse al respecto pero si es que la entidad quiere por su cuenta..., es decir no concede una autorización en estricto sensu sino simplemente se lava las manos y eso es un grave problema y eso sí genera que no se logre llegar a un acuerdo, entonces el requisito previo de la aprobación de la Procuraduría pues es algo que les permite mediar cuando se da una aprobación certera, no permite mediar cuando no se da esa aprobación certera por el miedo a la glosa de la Contraloría.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

Los casos que mayormente llegan a este centro básicamente son incumplimiento contractual en contratos de obra o de servicios, sin embargo es interesante que últimamente están comenzando a venirme mediaciones en donde los particulares invitan al Estado a mediar sobre un conflicto, no con el fin de solucionarlo sino con el fin de obtener en la mediación un convenio arbitral, eso es interesante, una vez surgido el conflicto una entidad estatal con un particular no tienen por lo tanto para poder sostener un acuerdo de arbitraje posterior y lograr la aprobación de la Procuraduría sostienen mediaciones, en estos casos no se resuelve el fondo pero son proclives la instituciones del Estado a suscribir un acta de mediación en un proceso arbitral, es interesante esa dinámica no se había presenciado pero comienza a ser relativamente frecuentes este tipo de mediaciones con el Estado, más que nada por el retroceso de la Constitución de la aprobación previa del Procurador para convenios arbitrales. Cuáles han sido los resultados?

Yo te diría que el Estado muy difícil que llegue a un acuerdo, normalmente cuando es oprobiosa la relación del Estado ya es extremadamente delicada la situación para llegar a un acuerdo que beneficie económicamente tanto al Estado como al particular, se suscribe pero no es regla general. Seguimiento a las actas de cumplimiento por parte del Estado. Normalmente las mediaciones que llegan acá con el Estado es porque tienen un convenio arbitral normalmente no vienen mediaciones por voluntad, normalmente lo hacen en la Procuraduría. De los pocos casos que se han llegado a acuerdo no hemos tenido noticias de incumplimiento, no podemos hacer un seguimiento de las actas en virtud de que implica hasta cierto punto una injerencia del centro en el desarrollo de la mediación y no consideramos en este centro particularmente prudente el rebasar esa esfera de privacidad y confidencialidad, sin embargo sí se hace una suerte de seguimiento con respecto a las ejecuciones forzosas, no a si ha habido un cumplimiento sino si hay incumplimiento, y esto se lo hace a través de los canales de la Judicatura, se busca el seguimiento de ejecuciones forzosas de actas de mediación para ir haciendo un seguimiento del procedimiento que está utilizando la Judicatura para la ejecución de las actas de mediación.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

El contar con cláusulas de mediación personalmente mi criterio personal es inoficioso porque según el marco en que estamos es voluntaria, no creo que abarate los costos administrativos porque si no solucionas el problema que analizamos anteriormente de miedo a mediar simplemente es un paso previo, el Estado no tiene la predisposición para mediar, analizando un marco teórico adecuado, eliminado esta base del miedo del funcionario público a hacer una mediación o a suscribir una transacción para evitarse un conflicto actual o futuro, claro que evitarían costos administrativos y procesales al Estado y también a los particulares, es evidente, en la mediación el costo económico de recuperar un dinero o la ejecución de un contrato, etc., cualquier conflicto que pueda ser transable para que sea sujeto a mediación, en comparación con 9 años en el Contencioso Administrativo.

- En este sentido tener un cláusula en un contrato como por ejemplo en los incorporados en los pliegos obligatorios del INCOP no es suficiente para implementar la mediación para que las partes acudan a ella ante un conflicto?

Disecciono la pregunta, uno, no es suficiente porque tiene que ir anclado a: eliminación del miedo del sector público a mediar y tal vez una formación un poquito más allá con respecto a las asesorías jurídicas de los Ministerios, dos, no hay una relación directamente proporcional demostrada entre suscribir un convenio de mediación y la ejecución de la mediación en el sentido ordinario, es decir que se sienten a mediar más allá de que concurran a un paso previo, a eso me quiero referir específicamente, no es que el suscribir una cláusula de mediación va a hacer que haya más mediación efectivamente, sino hay voluntad de mediar así haya o no cláusula de mediación eso constituye solo un paso previo, lo que la cláusula de mediación obliga es que previo a demandar se deba acudir a mediación.

Analizado el primer segmento disecciono el segundo, la cláusula de mediación no, es directamente proporcional al mediar porque simplemente constituye una obligatoriedad de la comparecencia no del resultado. Hay una tendencia fuerte a que así sea pero debería ser optativo el acudir a mediación sin embargo trabajar intensamente en la capacitación en el sector público sobre cuanto el Estado se ahorra en una mediación porque al final del día si es que el Estado es culpable y si termina siendo condenado a los 9 años el Estado tiene que pagar lo que debía haber pagado en un momento más los intereses es decir eso no paga el funcionario público pagan todos los ecuatorianos, entonces el costo económico de invertir tiempo de 9 años de litigación para el Estado y después el cobro del costo económico de ser condenado, ese es un perjuicio para los administrados.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Va directamente a la anterior ya creo que analizamos parte de esto, no creo que deba ser un requisito previo, varios países han optado por esa postura y ha sido la desnaturalización del sistema, no ha sido una condena a muerte. En qué casos

particularmente ha funcionado? Eso es algo interesante, en los casos en que la derivación a MASC es obligatoria en contratos de servicios y obra pública, pongamos el ejemplo en que esas disputas el Estado tiene que acudir tanto a arbitraje como a mediación porque allí descolocas la mentalidad del funcionario público de la justicia ordinaria en donde se litiga por 9 años y le obligas a pensar en la celeridad de un proceso, lo cual sí impulsa más a los abogados litigantes y al Estado a acordar porque saben que hay una justicia célere, están en otra dinámica estructural en su cabeza, no están en la justicia ordinaria, no están ante el juez de lo contencioso administrativo, están en un litigio en un ambiente más sofisticado en el cuál los árbitros y mediadores procuran una mayor asertividad en los temas planteados a ellos para su resolución y sobre todo plantean una mayor mediación, entonces en esos particulares casos la mediación no se ha visto como un requisito pre procesal ¿por qué?

Porque no es para todo juicio sino es básicamente direccionar las obras y servicios a MASC para evitar costos al Estado, justamente la misma lógica que tu utilizas para pragmatizar el tema de la mediación se lo pragmatiza en todo sentido, por qué? Porque si es que yo lo veo como un requisito previo para mandarme un juicio de 9 años, me lo gasto como requisito previo y lo agoto pero en cambio si a este requisito previo lo acompaño de un juicio que dura 13 meses seguramente tengo más opción a generar un acuerdo voluntario más beneficioso que el otro porque si es que no acuerdo voy a tener un laudo mucho más oneroso en el sentido de que no puedo acordar algo beneficioso para mí en trece meses, entonces ahí cambias de dinámica, porque no es simplemente agotar un tiempo para mandarme uno de 9 años y quemarle a la otra parte, es otra dinámica y generalmente el Estado cambia de dinámica cuando está en mediación.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Si la pregunta es cuan eficaz es iniciar un proceso de mediación con respecto a tener un resultado favorable como obtener un acta de acuerdo total o parcial, la respuesta

tiene que ser entre regular y buena porque todavía no hay una cultura de acuerdo, se está hablando entre un 30 a 40% de actas tanto de acuerdo parcial como total versus un 60 a 70 de imposibilidad, incluidas constancias, muchos centros sacan del margen estadístico a la constancia, por qué? Porque la constancia es el número más grande, aquí se evidencia y analiza otra característica, el ausentismo, tanto como en un proceso electoral no solo es importante saber cuántos votaron sino analizar cuántos no votaron y porque no votaron, entonces me parece que el índice más revelador tiene que ser el de las constancias, por eso te estoy diciendo que la calificaría de regular a buena. Si la pregunta es eficiencia en iniciar un proceso de mediación versus la conducción contenciosa en la jurisdicción ordinaria la respuesta a la mediación siempre va a ser más eficaz y más eficiente, porque el costo económico de resolver un conflicto en la justicia ordinaria de 9 a 10 años versus el promedio de mediación de 3 meses, porque en ese tiempo o sabes que vas a acordar o sabes que no, la parte de tolerancia estadísticamente bordea los tres meses con respecto a un proceso de mediación, salvo excepciones, si a eso se refiere lo calificaría como eficaz y eficiente y la calificaría de buena a muy buena.

Hay dos aristas que analizar: sobre solicitudes presentadas y acuerdo alcanzados, regular a buena; sobre la eficiencia del sistema de mediación versus la eficiencia de jurisdicción ordinaria te diría entre muy buena porque es una dinámica distinta de proceso. Con respecto ya a cuestiones de interés público eso es más complejo, tal vez ahí la dinámica varía un poco, el interés público estamos hablando que es niñez, adolescencia, inquilinato y todas las cuestiones en las que está envueltas el Estado, te diría que allí el nivel de solución es un poco menor, considerablemente menor, entonces el nivel de eficacia o eficiencia es menor, entonces baja por el miedo a acordar que lo habíamos mencionado antes en las otras materias generalmente por la conflictividad social de estrato mucho más bajo, la capacidad económica de las partes de contratar un abogado que le permita tener una mediación o una liquidación sofisticada, es menor, por lo tanto su asesoría legal es de un abogado deficiente en el tema, que no conoce el sistema, que no le ayuda, sino que está más enfocado al litigio, en buscar una pretensión, es mas o menos lo que sucede en las audiencias de mediación con los trabajadores, el abogado del trabajador le dice que va a ganar unos

50.000 dólares cuando su real escenario es de 2000 o 3000 dólares, entonces creo que la dinámica pasa por ese lado.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Si hablamos de MASC en general yo comenzaría reformando la Constitución, eliminando el requisito previo de aprobación del Procurador porque es un retroceso al proceso terrible de unos 50 años en teoría del MASC, segundo punto, básicamente trabajaría en esta capacitación en el sector público sobre desmitificación acerca de que los MASC al ser un sistema de administración de justicia privado, es un sistema de administración de justicia en contra del Estado, eso es aberrante, lo privado se refiere a que es un método que proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, no a que es un sistema diseñado para extorsionar al Estado, o privatizar la justicia, porque al mediador y al árbitro le aplican las mismas repercusiones que al juez, es decir tienen que procurar el orden público, deben fijarse en la figura de las leyes, tienen que consagrar y cumplir ciertas formas, entonces exactamente igual, así que por ser alguien un árbitro o un mediador que va a estar fallando en contra del Estado eso es absurdo, primer punto, entonces desmitificar el fantasma de los MASC como una cuestión privada. Segundo trabajaría en una capacitación contundente en los operadores del sistema judicial para que eliminen el celo que tienen y deriven las causas que puedan ser derivadas, que me parece que es un sistema mucho más eficiente que el requisito de obligatoriedad, los jueces tienen que ser más proactivos en la derivación de las causas, explicándoles a las partes la derivación, otro punto es cambiar la mentalidad a los abogados, ya que es quien dirige la dinámica del conflicto, sí trabajaría con las universidades para conversar y diagramar un proyecto de cultura de paz, también desde el Colegio, es interesante la experiencia que tiene la Dirección Provincial de Educación del Guayas, con respecto a la cultura de paz y formación de mediadores escolares, con las debidas observaciones pero es interesante el fomentar esta cultura de paz, yo creo que debe ser un diálogo concertado, como lo es la posibilidad de establecer una Escuela de formación de mediadores pero yo creo que sí

a nivel estatal a través del Ministerio de Justicia a través de ProJusticia, porque dejar una Escuela de formación a los centros de mediación va a tener un serio problema que va a ser los costos, la cuestión es que haya un diálogo concertado en cómo diseñar las mallas curriculares, tener opciones de observación en los propios centros, me parece interesante ese tema de formación. Que ProJusticia ofrezca a través de distintos centros porque hay unos centros que se especializan porque tienes distintas dinámicas, distintas personas que te pueden aportar cursos de mediadores enfocados más a temas de interés social, público, mediaciones comerciales, porque no todo mediador puede resolver todo tipo de conflicto así como no todo juez puede resolver todo tipo de conflicto, por lo que la formación de mediadores tiene que ser enfocado a ciertas especialidades. – Se podría tener una capacitación con un nivel básico y con otro de especialización? Sí, porque es distinto mediar un caso de divorcio en que está envuelta la familia y totalmente distinto mediar un tema comercial, el mediador en temas intrafamiliares debe tener una suerte de conocimientos psicológicos que no debe tener el mediador comercial. El mediador público, del Estado debe por ejemplo ser una persona conocedora de la ley pública, que sepa técnicas persuasión, ya que el funcionario público no siente una identificación con el interés público que defiende porque no es su plata es la del Estado, mucha paciencia porque esas mediaciones son dilatadas.

El fomentar la cultura de paz y la capacitación es una muy buena idea y debe, a) ir encaminada a operadores de justicia, jueces, secretarios, que pueda permitir una operación procesal adecuada, b) en abogados de libre ejercicio haciendo cursos de actualización o en general cultura de paz, c) en estudiantes universitarios a través de un consenso con las universidades, d) trabajar la cultura de paz en colegios, y e) trabajar en la formación de mediadores adecuados, creo que estas son las aristas, medios de comunicación también son importantes.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

No, comienzo nuevamente con la crítica a la autorización previa del Procurador, estamos pensando que esto de renunciar a la potestad de papá Estado de administrar justicia, esta ultra mega joya de la corona del Estado es aberrante por lo tanto debe ser excepcional, tiene que estar atrás el ojo, el *big brother* del Estado, fiscalizándonos si podemos o no ir, entonces esto parte de un principio de desconfianza en el sistema, no no no no, usted no se va para allá si no le aprueba el Procurador General del Estado, implica un retroceso claro. La Ley de Arbitraje y Mediación anterior era adecuada, en tanto y cuanto establecía que previo al surgimiento de la controversia, en el contrato debía estar constada en el contrato, y posterior al contrato ahí sí debía haber autorización del Procurador, yo mantendría la misma lógica, no entiendo, más allá de un celo, un miedo y una desconfianza del legislador a que estarán haciendo este grupito de personas de la Función Judicial o en el centro de mediación de la Procuraduría General del Estado, me parece que no favorece al sistema, me parece que deben ser unas codificaciones y unas disposiciones más acopladas por ejemplo como el modelo UNCITRAL que son con más apertura a los MASC, si bien la mediación no se ha visto muy afectada al respecto, la mediación va anclada siempre al arbitraje, porque si la anclas al arbitraje la dinámica cambia ya que si no se convierte en una etapa previa al proceso ordinario, por lo tanto la autorización previa del Procurador es un retroceso terrible.

Porque lo único que tienes que verificar a la final del día es que el Estado no someta a controversias temas que no son susceptibles de arbitraje o mediación y eso se genera a través del control de legalidad de los laudos y de las actas de mediación, el control previo al convenio arbitral no tiene ninguna lógica.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable?

Estoy de acuerdo, tal vez no haya una Escuela Oficial de mediadores, pero sí una Escuela donde se formen los mediadores y sea oficial del Estado, pero sí debe procurarse como una Escuela de Formación de jueces una Escuela de formación de

mediadores, el Estado debe ofrecer cursos subvencionados, las cámaras no podemos, cursos de alta calidad, para sectores deprimidos, por ejemplo para mediación comunitaria. Sobre formación uniforme, no creo que debe entenderse como que todos debemos recibir la misma capacitación sino todos debemos recibir la capacitación bajo los mismos estándares, si a eso se refiere estamos de acuerdo. Debe ser uniforme en cuestión de calidad y de estándar. No sé qué podemos hacer con el estándar de responsable, si responsable se refiere a que el centro de capacitación comparta responsabilidad por los daños y perjuicios que se generen a través de los mediadores no estoy de acuerdo, si responsable nos referimos a que debe haber una opción solidaria en la formación de los mediadores es decir responsable con la sociedad, de acuerdo, la formación debe ser responsable en cuanto a su conciencia de que lo que se está formando es una opción de servicio público que es administración de justicia, en ese sentido, el mediador debe ser consciente que administra una potestad jurisdiccional, no en el sentido ordinario como lo entendemos los abogados, sino en el sentido de administración propia de la justicia, si bien es una dinámica muy particular en la cual las partes se administran justicia que no hay justicia más propia que la que las partes se administran y el mediador la eleva a una disposición jurisdiccional con su firma y creo que desde esa perspectiva entendiendo la función social que cumple el mediador debe estar amparada la capacitación.

En la capacitación se debe tomar en cuenta no solo a universidades sino a los centros porque sabemos qué tipo de mediadores necesitamos e identificamos qué falencias tenemos en el sistema. Debe haber una Escuela MASC con estándares de calidad teóricos y prácticos.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Diseciono en dos: si es que caso como el del MAGAP en que se ofrece un servicio de mediación para particulares porque tiene que resolver temas de agua, de invasiones, que son conflictos entre particulares que se someten a la dirimencia del Estado, creo

que ahí es productivo, pero creo que son muy pocos los Ministerios que ofrezcan este servicio, como lo puede hacer también el Ministerio de Relaciones laborales, pero no todos los Ministerios, porque la dinámica del sector público cuando el centro de mediación y el funcionario mediador es del sector público, la mediación fracasa, totalmente, por ejemplo el Centro de mediación de la Procuraduría General del Estado o el de la superintendencia de Compañías en donde el mediador se sienta alado del Estado y es un abogado más del Estado, pero que tiene la autorización de firmar un acta de mediación, allí se pierde la naturaleza propia de la mediación, es un desequilibrio totalmente de poderes, inclusive es venga privado a resolver su conflicto en mi casa. La mujer del César no solo tiene que parecer sino tiene que ser.

Los MASC no solo tienen que parecer sino ser, ser imparciales y ser independientes, sus estándares deben ser altísimos y también en el sector privado. La ventaja aquí es que no le estamos invitando al Estado a que resuelva en la compañía con funcionarios de la compañía sino en un centro con funcionarios que son fuera del centro ni siquiera los árbitros, secretarios son empleados del centro sino son personas que trabajan en el sector público, privado que están invitados a resolver en un ambiente más imparcial, porque el papel de las cámaras es una aberración técnico-privada-pública, es un ambiente tranquilo en donde resolvemos todo tipo de conflictos, pero cada centro tiene su target y se trata temas especializados.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Categoricamente no, y voy a diseccionar la respuesta, no, no porque los mediadores no tengan que tener control sí deben pero esas sanciones deben estar al amparo del centro al cual pertenecen, cómo se debe hacer eso? Que el Consejo Nacional de la Judicatura, cuando vaya a crear o renovar la licencia de un Centro de Mediación exija que existan en los reglamentos estos estándares y que los centros los estén aplicando, es decir necesitas un control por parte del Consejo en el aspecto que los centros realicen un adecuado control; segundo, el mediador al estar ejerciendo una potestad

jurisdiccional, el ejercicio per se es de cierta manera y en cierto grado el Registro de personas que ejercen jurisdicción, bien o mal ejercen jurisdicción, discutible o no, tal vez, pero nadie va a llegar a un acuerdo que un mediador administra justicia, el mediador no administra justicia y se está diciendo que el Ejecutivo va a llevar un registro de eso; dos, porque no, porque para conocer de la sanción tendríamos que conocer el expediente y se tendría que elevar a un nivel público donde se mantienen los expedientes que es confidencial, cosa que no sucede en los centros, es así como puede convertirse en un sistema de extorción a los mediadores como puede ser a los jueces el denunciarlos en el Ministerio de Justicia, entonces pensemos en eso también, el principio de confidencialidad y donde es el juez natural del mediador que tiene que ser el centro propio; tres, no me parece que en la ley no deban estar las normas reglamentarias porque cada centro debe tener sus dinámicas, sus estándares, el Consejo debe controlar que los Centros regulen y que establezcan en su reglamento regulaciones.

Creo que no de irse a la obligatoriedad pero sí debe fortalecerse a través de una política pública todos los sistemas de mediación y arbitraje, que beneficie al Estado también.

Entrevista a la Dra. Jenny Veintimilla

Subdirectora del Centro de Mediación de la Cámara de Construcción de Quito

Fecha: 10 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Sí, yo sí creo que la mediación es un medio alternativo para que se solucionen las controversias surgidas con entidades públicas porque usted está evitando los juicios tan largos que son ahora y que demoran años de años para poder solucionarlos, en lugar de unas 2 o 3 sesiones y el simple hecho es reconocer las obligaciones que tiene el contratista, en nuestro caso nosotros tenemos casos en donde existen funcionarios públicos que están conscientes de los derechos que tiene el contratista, pero sí tienen

temores de solucionar en mediación, sin embargo yo si pienso que se debería dar prioridad a la mediación.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

Los casos que en mayor número se presentan en el centro de mediación son planillas que no han sido pagadas a tiempo, incumplimiento en los contratos, firmas de contratos complementarios, el no reconocimiento de los reajustes de precios, eso es lo que más se maneja acá y no se firman actas de acuerdo con entidades públicas, son muy pocas las que se logra firmar, un 10%.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Sí, en los contratos que tienen sometimiento arbitral o a mediación, claro que facilitan, totalmente facilitan, inclusive como le decía anteriormente, sin necesidad de que exista una firma de acta de acuerdo acudiendo a arbitraje se soluciona y se soluciona rápido, la ventaja es que usted ahorra tiempo y dinero en los métodos alternativos.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Yo sí pienso que debe existir como paso previo a cualquier tipo de juicio ya sea este el ordinario o el arbitral mismo una mediación pero siempre y cuando las entidades del sector público estén dispuestas a la suscripción de una acta de mediación porque si el contratista va a perder tiempo en venir a una etapa de mediación si sabe que no va a suscribirse una acta de acuerdo yo creo que no valdría la pena, pero si yo estoy consciente de que sí voy a lograr algo, sí.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos,

sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Excelente porque usted con un acuerdo de voluntades que no le llevaría más de una reunión, en el mejor de los casos, usted logra y evita irse a un proceso judicial, en donde gasta dinero, evita perder tiempo, y yo sí creo que es importante la mediación.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

El Estado podría de pronto primero empezar por capacitar a los funcionarios públicos, si ellos capacitan y les dan la potestad para tomar decisiones dentro de mediaciones eso sería un paso muy importante, otro de los asuntos sería que se les dé más énfasis a los métodos alternativos como la mediación, creando capacitación o escuelas o de pronto como una materia que tiene que ser aprobada dentro de la universidad, para empezar a educarles en esto desde el inicio, porque esto viene desde la universidad donde a nosotros profesionales abogados nos preparan para la pelea no para mediar, entonces se debe empezar desde allí.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Yo pienso que debe ser estudiado un poco más a fondo la ley, tenemos solamente la ley, tiene muchos vacíos, y nosotros en la práctica hemos visto que es simple y no cubre muchas cosas, de pronto los problemas que se presentan se los ha hecho cumplir y respetar en base a los reglamentos internos de cada centro, de ahí a la ley le falta mucho.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? – los centros podrían coadyuvar?

A nivel de centros estamos dedicados a eso, al menos los principales que son los de las cámaras sí hemos estado capacitando continuamente a mediadores, existen cursos sobre formación en niveles que deben ser aprobados, teóricamente, debe cumplir con un número de horas de observación, pero sí debería existir una institución llámese esta escuela, instituto en la que el Estado ponga énfasis y se dedique a crear mediadores, a nivel de funcionarios públicos de toda profesión no solamente abogados y sí debería existir y darle más importancia el Estado a este tema.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Yo no le veo tan necesario en que se cree centros de mediación en cada ministerio, más bien creo que se debería crear un solo centro como el de la Procuraduría General del Estado, pero ese centro darle un poco más de potestad, por ejemplo yo entiendo que el centro de la Procuraduría está mediando casos que tienen que ver con el Estado, cualquiera sean estos, contratación pública, de obra, profesionales, honorarios, etc., pero en todo caso a lo que voy es que debería existir un solo centro que abarque el despacho de los procesos que no hay, que ni siquiera la procuraduría lo hace, como una especie de control, de pronto ver qué está pasando, esto sería mediar el funcionario con el cliente y el Estado mismo, sí se debería dar énfasis y que haya más personal, tantas cosas que se pueden mejorar a través de la mediación.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Sí, si debe existir, yo no veo porque no lo pueda hacer el Ministerio de Justicia, lo puede hacer el mismo Consejo de la Judicatura, sí debería haber un ente regulador de esto, un ente que sancione, que controle, que capacite y asimismo que premie porque yo aquí en mi centro tengo mediadores que sin dar nombres son excelentes, que sacan

acuerdos, que manejan muy bien las mediaciones, así como creo que hay mediadores que están en las listas por currículum y no porque les interese mayormente, me dejan aquí a la gente, no vienen, cosas así, entonces sí debería haber ese ente regulador.

Entrevista a la Dra. Lissety Espinoza García

Directora del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado

Fecha: 2 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Sí, creo que es importante que se resuelvan estos trámites, primero porque se ahorra tiempo, dinero y se obtiene la obra a tiempo para satisfacer a la comunidad.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

Incumplimiento de contrato. Sí se resuelven los conflictos y la mayor parte son de cumplimiento inmediato.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Sí.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Hay que definir encaminada, entendida como difusión. Sí, porque ahorra tiempo, dinero, ya lo mencioné.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos,

sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Excelente considerando la difusión y la infraestructura de los centros.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

El Estado debe ordenar a todas las instituciones en optar por la mediación cuando surjan los conflictos en los primeros niveles de escalada del conflicto.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Sí es suficiente, falta conocimiento y decisión de las autoridades para ir a mediación. La Contraloría debe intervenir para que de manera preventiva de seguridad económica a los acuerdos, el Procurador se encarga de la seguridad jurídica.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? – los centros podrían coadyuvar?

Sí debe haber una Escuela Oficial de mediadores pero en colaboración con varias universidades, no solo una. Debería haber una academia de mediadores cuyos profesores sean los que tengan más experiencia y capacitación.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Sí.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Ya hay un registro en el Consejo Nacional de la Judicatura, el Ministerio de Justicia no está interesado en llevar el Registro, el Consejo Nacional de la Judicatura debe hacer su trabajo con alguien que conozca del tema.

Entrevista al Dr. Edgar Andrade

Director del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha

Fecha: 9 de mayo de 2011

1.- ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Sí, es un método efectivo dentro de cualquier tema, siempre y cuando haya la voluntad de las partes.

2.- ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

En el centro se atienden: familia, asuntos civiles, laborales, incumplimiento contractual, etc.

3.- ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Sí, indudablemente.

4.- ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

Sí, estoy de acuerdo que se implante la mediación en el ámbito público como requisito previo.

5.- En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Muy buena, no existe mucha concurrencia de las partes por el desconocimiento de qué es la mediación, pero es un método eficaz para solucionar problemas en el sector público.

6.- A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Difundir la mediación en el sector público, enseñando a los funcionarios públicos los diferentes métodos de solución de conflictos.

7. ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Sí son suficientes, aunque debería haber una reforma a la Ley de arbitraje y mediación para que la mediación tenga mayor relevancia.

8. ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? – los centros podrían coadyuvar?

Sí, estoy de acuerdo sería bueno tener un buen nivel de capacitación.

9. Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el

despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

Sí, estoy de acuerdo.

10. ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Sí, totalmente de acuerdo.

Resumen y Análisis de las entrevistas a Directores y Subdirectores

A la primera pregunta: ¿Cree usted que la mediación especialmente en el sector público es un método efectivo para solucionar discrepancias entre el Estado y los particulares? Por qué?

Se ha manifestado que: es una cuestión cultural, que los funcionarios públicos dado el actual marco jurídico están en una situación de camisa de fuerza para tomar decisiones y existe la preocupación de ser glosados por parte de la Contraloría General del Estado.

Sí sería un método efectivo ya que el Estado tiene una carga de conflictos muy grande y para poder solventar estos niveles de justicia ordinaria requeriría de una cantidad excesivamente alta de abogados, en tiempos y económicamente es más conveniente llegar a acuerdos con los particulares, y liberar a los abogados para que estos puedan defender las causas para los que realmente no sea factible que el Estado llegue a acuerdos.

Se ha planteado que aunque el sistema de justicia trabaje al 100% no satisface al ciudadano, y que hay problemas de índole económica muy baja que pueden ser resueltos en mediación ya que el aparato estatal para resolverlo es más caro que el conflicto mismo. El sistema de justicia tiene que ajustarse a las necesidades del ciudadano y no al revés.

La mediación es una gran herramienta, un gran instrumento que sirve para acercar al particular con entidades públicas, en diferentes temas, siendo efectiva porque nos permitiría cambiar actitudes, evitarnos tantos juicios innecesarios.

Es un método efectivo, porque ante el colapso de la Función Judicial es necesario empezar a recurrir a otras alternativas adecuadas de solución de conflictos como la mediación, la mayoría de conflictos se resuelven por mediación, así que entre el Estado y particulares también podría suceder lo mismo.

Es lamentable que el Estado tenga la política de llegar hasta las últimas consecuencias pero la mediación no es un método efectivo para solucionar las discrepancias en el sector público por el temor de los funcionarios a ser glosados.

Es un sistema óptimo para mediar en el sector público y en el privado pero se necesita de un criterio más firme por parte de la Procuraduría General del Estado para dar confianza a los funcionarios públicos que median y así no dejar de suscribir un acta por temor a una glosa.

La mediación es un medio alternativo para que se solucionen las controversias surgidas con entidades públicas porque se evita los juicios tan largos y que demoran años de años para poder solucionarlos.

Análisis: todos los entrevistados coinciden en que la mediación sería un método adecuado para solucionar controversias sea en el sector privado o en el público, sin embargo se deja de manifiesto que hay varios problemas para su implementación como el cultural, la falta de capacitación, el temor de los funcionarios públicos que acuden a mediación para suscribir las actas ante una eventual glosa de la contraloría, entre otras.

Para superar estos inconvenientes sería oportuno una gestión conjunta entre la Contraloría y la Procuraduría General del Estado para disipar estos temores y permitir la real implementación de la herramienta, sin dejar que por esto el procedimiento se convierta en un trámite burocrático que la colapse como es la percepción del actual sistema de justicia.

Por otro lado, si bien es cierto se afirma que el método ahorraría tiempo y dinero al Estado evitando juicios innecesarios se ve la necesidad de destinar mayores recursos a los centros de mediación para su implementación, y así descongestionar el sistema, dejando a todo el contingente de abogados del Estado para que se dediquen a defender los casos que en verdad no sean susceptibles de mediar.

Debe ser política institucional y sobre todo estatal el uso de la mediación para solucionar sus conflictos, para superar el temor podría ser una salida que el funcionario que va a mediar se sustente en los informes por ejemplo de los departamentos técnico, jurídico, financiero, y así hay un mayor respaldo y si las instituciones públicas tienen como su política mediar y esto es cada vez más frecuente es difícil que el órgano de control proceda a glosar este modo de proceder que está amparado en la constitución y la ley.

Resumen y Análisis pregunta 2: ¿Cuáles son a su criterio los casos que mayor frecuencia han ameritado ser sometidos a mediación dentro del sector público y cuáles han sido los resultados? Las actas se cumplen?, se les han dado seguimiento?

Resumen: No hay inconvenientes en la ejecución de actas. Algunos centros les dan seguimiento pero no formalmente y no hay un dato estadístico al respecto. Se llega a acuerdos pero no en un porcentaje alto, de ese porcentaje se cumple en su gran mayoría.

Casos: Inconvenientes en lo que tiene que ver con actas de entrega - recepción de obras. Incumplimiento efectivo de pagos por parte de la institución pública respecto de proveedores. Incumplimiento contractual por plazos y calidad, Ctos. Obra y servicio. Laboral. Contratación Pública en general.

Análisis: es evidente que los temas de mayor frecuencia ameritan en mediaciones con el Estado son los relacionados con la Contratación Pública, en la ejecución contractual misma así como en la recepción de obras y servicios. No deja de ser interesante como algunos particulares (contratistas) invitan a mediar al Estado no con el objeto de obtener un acta de acuerdo total o parcial sino con el fin de pactar un convenio arbitral, suceso que se ve cada vez más.

Resumen y Análisis pregunta 3: ¿Es posible afirmar que el contar con cláusulas de mediación en los contratos dentro del sector público facilita la resolución de problemas y evita costos administrativos y procesales al Estado y a los particulares?

Indudablemente sería un beneficio para ahorrar tiempo y dinero al Estado y a los particulares pero hay que tener mucho cuidado en la redacción de las mismas para que faciliten las cosas y no las compliquen.

Con la mediación se evitaría sacar al funcionario público de sus actividades administrativas y que actualmente en el juicio destina. Hay que tener en cuenta que la cláusula prevista no sea una cláusula atrofiada sino una cláusula que pueda ser aplicada directamente. El pactarlo previamente nos va a significar ahorrar tiempos significativos y burocráticos sin mencionar costos.

Cuando se habla de cláusulas de mediación a mi juicio es mejor hablar de convenio de mediación. Educa a las partes, les prepara no para una contienda sino para una real solución. En la mediación nos vamos a sentar a ver realmente qué buscamos, cuál es la solución, qué queremos. En cuanto a los costos yo creo que sí, ahorra tiempo, ahorra dinero, si bien usted sabe que el Estado en eso le gusta litigar porque no paga costas. El Estado y los particulares se van a sentar en simetría. Debería haber inclusive una política pública de Estado que no solamente esté en la Ley, debería estar en la cabeza de las personas para poderlo aplicar en los casos más complejos.

Es fundamental el tema pero también el cumplimiento de estas cláusulas, porque si bien tengo una cláusula de mediación hay personas que se las saltan y recurren a los jueces ordinarios.

No es una solución porque aunque vayan a mediación los funcionarios públicos no firman acuerdos y van hasta la última instancia.

Hace falta mucho más que una cláusula, hay que reforzar la Ley y educar a los funcionarios.

Es inoficioso porque el funcionario público tiene miedo a mediar y a suscribir Actas.

Análisis: es indudable que la mayoría cree que la cláusula de sometimiento a mediación en los contratos trae beneficios para el Estado y los particulares pero es evidente que se resalta que hay necesidad de algo más, una política de Estado más fuerte para aplicar la mediación, capacitación a los funcionarios, reformar la Ley, y lo que todos coinciden es la necesidad de quitar ese miedo del funcionario a mediar y suscribir acuerdos.

Una posibilidad sería un trabajo coordinado entre Procuraduría y Contraloría dentro del proceso de mediación, además de emitir un instructivo que marque el camino de lo que se puede mediar, el cómo, el sustento del acuerdo, etc., ya que las reglas claras podrían disminuir y posiblemente evitar ese temor a una eventual glosa.

Resumen y Análisis pregunta 4: ¿Consideraría usted que la mediación debe ser encaminada como requisito previo para todos los casos de interés público, especialmente de contratación pública, antes de acudir a la justicia convencional o al proceso ordinario? Por qué?

En el sector público es difícil, sin embargo para demandar en casos en contra del sector público, sí sería prudente que el particular agote una vía de diálogo. Si la norma sea esta cual fuere obliga a agotar la vía de diálogo probablemente vamos a tener una disminución de las causas o de las demandas en el sector público. La obligatoriedad del particular de agotar el diálogo, en el Estado tenemos la política de ahorro, es probable que esto de buenos resultados.

Atenta a la naturaleza de autocomposición que tiene la mediación. Se va a volver un requisito para poder litigar.

Si es un requisito previo obligatorio, a la par debería haber un proceso de formación para que esa obligatoriedad no sea rito sino sea realmente una parte administrativa dentro del procedimiento que ayude a una resolución efectiva. Debería haber un instructivo, ahí los funcionarios van a sentirse seguros, pero los funcionarios no quieren sino hacer lo que dice el jefe y quieren salvar su pellejo, más en momentos donde hay muy pocas plazas de trabajo.

Todo conflicto que se origine debería primero ir a mediación y solo en los casos en los que no lleguen a un acuerdo concurrir entonces a los jueces.

No, porque los MASC están concebidos a tratar temas de carácter privado.

Sería un gran mecanismo, porque es posible resolver un porcentaje importante de casos en esta fase, de esta manera se descongestiona la justicia.

Eso es algo interesante, en los casos en que la derivación a MASC es obligatoria en contratos de servicios y obra pública.

Debería existir como requisito previo siempre y cuando el Estado esté dispuesto a suscribir actas, caso contrario el contratista pierde su tiempo.

Sí, porque ahorra tiempo y dinero al Estado.

Análisis: la pregunta es clara pero las opiniones están divididas puesto que se trata de cambiar un sistema estatuido y de obviar un principio de la mediación como es la voluntariedad, el mismo del que se ha abusado y consecuencia de ello se ha cambiado en varios países del mundo implantándose el sistema de requisito previo. Sin embargo, más allá de las discrepancias hay algo en común como es el tema de capacitación al funcionario público ante la aplicación del sistema, así como reglas claras para que esto no se convierta en un requisito previo más o requisito pre procesal para de demandar.

La propuesta aunque interesante va más allá de la simple simpatía o antipatía al tema ya que consiste en ver objetivamente los pros y contras, además de los resultados en otros países, y sin duda el cómo está planteada la propuesta que reforma la actual ley para su implantación.

Resumen y Análisis pregunta 5: En su experiencia, y tomando en cuenta el crecimiento en la concurrencia de las partes a los centros de mediación y considerando la cantidad de conflictos resueltos, sea total o parcialmente, ¿Cómo calificaría usted la eficacia de la mediación como método pacífico de solución de conflictos de interés público? ¿Por qué?

Resumen: De muy buena a buena, por todas las dificultades que existe para llegar a acuerdos con el sector público, básicamente, el particular no es el obstáculo, lo es el sector público y no es el sector público en general sino el ente y el órgano de control y el miedo a ser glosados.

La ventaja la vamos a encontrar en la cantidad de fallos ejecutados, actas ejecutadas sin necesidad de ir a sede judicial, y ahí manejamos un promedio de alrededor del 90% de las actas, es ahí la fortaleza de calificarla como excelente porque hay fallos judiciales que no pueden ser ejecutados.

Cuantitativamente es insuficiente, si vemos el número de juicios frente al número de casos sometidos a mediación y más en contratación pública, hay un desconocimiento del tema. En cuanto a lo cualitativo, estamos en un proceso entre regular y bueno pero nos falta todavía para llegar a la excelencia, porque hay muchos elementos, formación universitaria, actitud de los funcionarios públicos, apertura, *open mind*, un convenio de mediación claro, formación de mediadores en este tema.

Excelente, porque la experiencia nos muestra que es el método mucho más eficaz que el proceso judicial. Es un método que va realmente a solución del conflicto y a la superación del conflicto que existe lo hace que tenga ventajas comparativamente superiores al proceso judicial.

Es un método muy eficaz mientras no intervenga el Estado porque éste no firma actas. Los centros de mediación privados tienen que encargarse del interés público.

Insuficiente porque persiste el problema del Estado en no querer firmar actas.

Entre regular y buena porque todavía no hay una cultura de acuerdo, se está hablando entre un 30 a 40% de actas tanto de acuerdo parcial como total versus un 60 a 70 de imposibilidad, incluidas constancias.

Si la pregunta es eficiencia en iniciar un proceso de mediación versus la conducción contenciosa en la jurisdicción ordinaria la respuesta a la mediación siempre va a ser más eficaz y más eficiente.

Muy buena, es un método eficaz para solucionar problemas en el sector público.

Análisis: Los entrevistados han hecho una diferenciación muy importante, la mediación en cuanto a herramienta para resolver problemas es excelente a muy buena, sin embargo en el ámbito del interés público regular a buena ya que no se logran concretar los acuerdos con el Estado por las consideraciones hechas en análisis precedentes.

Otro punto es que es un poco difícil comparar frente a la justicia ordinaria ya que la diferencia en la proporción de juicios y los procesos de mediación es abismal, sin embargo en cuanto a la eficacia en la ejecución de sentencias en comparación a actas, se presentan más problemas en las sentencias.

Es de hacer notar que además de las opiniones que faltaría capacitación, cambio de mentalidad, política de Estado para implantar la mediación, etc., que se pueden solucionar con programas y formación, persiste en todas las respuestas de las diferentes preguntas la dificultad de mediar asuntos de interés público con el Estado por el miedo de los funcionarios públicos, pero en honor a la verdad podría tratarse de reglas claras (instructivo) para la mediación en el sector público.

Resumen y Análisis pregunta 6: A su criterio ¿cuál debe ser una política de Estado para fomentar, difundir e incentivar el uso adecuado de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

Difusión e infraestructura adecuada para implementarla como requisito previo.

Conectar a quienes resuelven los conflictos con quienes ejecutan los contratos, a través de talleres para dialogar y evitarlos. Capacitar a un grupo importante de personas por cada institución que puedan en volúmenes aceptables hacerse cargo del manejo de los conflictos a través de mediación.

Formación del ciudadano, para que sea constructor de soluciones y no generador de complicaciones. Que la mediación y la formación hacia mediación forme parte de la cátedra obligatoria, de la formación básica desde la escuela. Tener por parte del Consejo de la Judicatura como ente de gobierno de la función Judicial, la generación de más centros de mediación judiciales. Regular tanto de mediadores como de centros de mediación.

Difusión, formación, declarar el año de la mediación, tener un instructivo de mediación para los funcionarios públicos, trabajar con la Procuraduría para descongestionar, depurar causas para enviarlas a mediación.

Una política de Estado que incluya el que el Consejo de la Judicatura cree más centros de mediación en lugar de más juzgados. Implementar y regular otros métodos alternativos reconocidos como los jueces de paz, justicia indígena.

Promoción de la herramienta para que la gente la conozca y la diferencie de la justicia ordinaria. Que no sea glosado el funcionario público por el resultado obtenido en mediación. Reforma a la LAYM.

Capacitar al sector público sobre desmitificación de los MASC, aclarar que es un sistema de administración de justicia privado, pero no un sistema de administración de justicia en contra del Estado. Capacitación a los operadores del sistema judicial para que eliminen el celo que tienen y deriven las causas que puedan ser derivadas. Cambiar la mentalidad de los abogados que son los que dirigen el conflicto. Trabajar con colegios y universidades para implementar una cultura de paz.

Que ProJusticia forme mediadores especializados. Incorporar una Escuela Oficial de Mediadores que la lleve el Estado, no los centros por cuestión de costos.

Análisis: las propuestas son varias y todas válidas para mejorar la utilización de los MASC en general y en especial de mediación. Sería importante comenzar por cambiar la mentalidad de las personas hacia una cultura de paz desde la escuela con programas de formación de mediadores escolares, luego incorporar en el pensum o malla curricular de las universidades los MASC pero no con cursos intensivos de 60 horas sino con niveles de especialización para que los egresados tengan ese perfil mediador.

En segundo lugar está la capacitación a los funcionarios públicos y operadores de justicia para que conozcan, sepan y apliquen la herramienta ante los eventuales conflictos, cuidando por supuesto de que haya un instructivo claro que les indique qué se puede mediar y que no para que no tengan temor a una glosa de la CGE.

En tercer lugar, el Estado debería dotar de toda la infraestructura necesaria a los centros ya existentes y crear nuevos pero haciéndoles un seguimiento, los profesionales deberán capacitarse en la Escuela Oficial de Mediadores. El formar mediadores a través de Projusticia hoy por hoy es imposible ya que la institución ha desaparecido como Unidad adscrita al Ministerio de Justicia pero se deberá canalizar esta idea con el Ministerio mismo o con el Consejo de la Judicatura.

Si bien es cierto todos coinciden en que se debe difundir y promocionar la herramienta para que la utilicen, que ahora podría hacerse por el canal del Estado, ésta debe darse cuando los demás aspectos ya mencionados funcionen o se implementen, caso contrario las personas podrían confundir el acudir a mediación con un tema de asesoramiento legal. Es evidente que para impulsar todas las políticas sugeridas es necesaria una reforma a la actual LAYM, pero esto es un tema que es tratado en el capítulo correspondiente a la propuesta de reforma a la actual ley.

Resumen y Análisis pregunta 7: ¿Cree usted que el reconocimiento constitucional de los métodos alternativos de solución de conflictos y la actual codificación de la ley de arbitraje y mediación son instrumentos suficientes para implementar una cultura de paz en la ciudadanía y en especial para su uso en el sector público? ¿Cómo se podría mejorar?

Resumen: Desde el punto de vista jurídico la Constitución y la LAYM son suficientes, hace falta fomentar una cultura de paz y hay que formar al funcionario público para que conozca la herramienta, la utilice y no tenga miedo a una eventual glosa de la CGE.

La normativa actual es buena pero no suficiente, se necesita una suerte de obligatoriedad porque ahora la mediación para el sector público es solo un referente.

Hay que difundir la herramienta al nuevo ciudadano (de a pie) para que deje de ser algo desconocido.

Se debe aplicar el principio de servicio a la comunidad previsto en el Art. 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que la mediación forma parte del mismo. Se debe concebir a la mediación no solamente como un tema jurídico sino como algo socio

jurídico. Hay que ir a otro momento que es justamente la mediación prejudicial obligatoria. El problema ha sido de aplicación y de una difusión educacional.

Falta conocimiento y decisión de las autoridades para ir a mediación. La Contraloría debe intervenir para que de manera preventiva de seguridad económica a los acuerdos y el Procurador se encargue de la seguridad jurídica.

Análisis: el problema en nuestro país y en especial con la mediación no ha sido la falta de reconocimiento ni la falta de Ley sino más bien la ausencia de una política de Estado para implementarla, me refiero a su utilización real y no solo a autorizar centros anexos a las cortes con 2 o 3 mediadores, más claro se necesita reforzarla con una reforma de manera que se vuelva obligatoria, este criterio emitido por varios Directores de Centros no es un ensayo sino que responde al análisis serio que se a hecho de la legislación comparada y de la experiencia que han tenido en el poco apoyo del Estado para difundir la herramienta, en formar y capacitar a los agentes de justicia, en el desinterés de los jueces para derivar los casos y porque no decirlo ante el colapso del sistema judicial que no se ha mejorado con más juzgados o tribunales.

Resumen y Análisis pregunta 8: ¿Considera usted que debería incorporarse en nuestro país una Escuela Oficial de Mediadores cuya capacitación sea responsabilidad del Estado conjuntamente con universidades legalmente reconocidas para una formación uniforme de calidad y responsable? – los centros podrían coadyuvar?

Resumen: No sé si lo mejor sea que esta responsabilidad se concentre en el Estado, estoy de acuerdo en que debe existir una Escuela oficial de mediadores, tiene que haber un espacio de formación formal en la que los mediadores tengan un mínimo de capacitación porque definitivamente la que se da en el momento es absolutamente informal.

Debería haber es un pensum mínimo para capacitar mediadores. La obligatoriedad de que las Facultades o las universidades tengan una vez cada año que dictar ese pensum para sus estudiantes y público en general. El Estado no debería manejarlo.

No se debe centralizar la formación, el Consejo de la judicatura debe regular la calidad de formación que reciben los profesionales para ser registrados como mediadores de

la República. Hay que homogeneizar, uniformar reglas para todos los centros, que pueden ser privados o públicos, entonces sí sería importante legislar y colocar cuáles serían los lineamientos mínimos para que los mediadores se puedan formar. Sería bueno hablar de conflictología, crear una Escuela de expertos en conflictos.

Me preocupa que sea oficial en el sentido de que se burocratice, podríamos tener estándares nacionales para capacitación a través de Ley o Reglamento.

No hablaría solo de una escuela oficial, me parece bien a través del tema de las universidades y lo que sí me parece importante que haya un solo Registro Oficial.

Sí debe procurarse como una Escuela de Formación de jueces una Escuela de formación de mediadores, el Estado debe ofrecer cursos subvencionados, las cámaras no podemos.

La formación debe ser responsable en cuanto a su conciencia, lo que se está formado es una opción de servicio público que es administración de justicia, el mediador debe ser consciente que administra una potestad jurisdiccional, no en el sentido ordinario como lo entendemos los abogados, sino en el sentido de administración propia de la justicia.

En la capacitación se debe tomar en cuenta no solo a universidades sino a los centros porque sabemos qué tipo de mediadores necesitamos e identificamos qué falencias tenemos en el sistema. Debe haber una Escuela MASC con estándares de calidad teóricos y prácticos.

Sí debería existir una institución llámese esta escuela, instituto en la que el Estado ponga énfasis y se dedique a crear mediadores, a nivel de funcionarios públicos de toda profesión no solamente abogados.

Análisis: la mayoría de los Directores entrevistados acepta con agrado la idea de una Escuela de formación de mediadores mas no que esté en manos del Estado, por las acotaciones hechas en análisis precedentes. Se denota preocupación porque la capacitación no solo que no es uniforme sino que no es suficiente y ahí la necesidad de reglamentar el tema, por ejemplo no hay una formación práctica de verdad, en la

realidad casi nadie completa el requisito (usual) de 40 horas mínima que piden la mayoría de los centros capacitadores y nadie regula o hay algún control al respecto, asimismo hay una confusión en las personas que creen que haciendo el curso de 80 horas obtienen un título de mediador cuando la realidad es otra, la capacitación hecha con el aval de una universidad no es un título ni lo acredita a mediar.

Resumen y Análisis pregunta 9: ¿Deberían los ministerios en nuestro país contar con centros de mediación para solucionar los posibles conflictos con los administrados para mejorar el despacho de los trámites (procesos) y para solucionar de manera eficaz los casos de interés público?

No es conveniente porque volvemos al tema de que podría generar muy poca neutralidad porque estaríamos hablando que se constituirían en juez y parte.

Las instituciones en general del sector público deberían tener centros de mediación para resolver conflictos en donde la institución no esté involucrada.

Más que lo de los Ministerios es más una política del Estado de difundir la existencia de la herramienta y la aplicabilidad de la herramienta.

El Estado debería tener 2 o 3 centros de mediación como la Procuraduría que luego tiene sus brazos en diferentes lugares. Hay que capacitar al funcionario público en mediación para que evite el conflicto.

No es una mala idea pero lo que me preocupa y lo que habría que tomar en cuenta es el tema de la imparcialidad y neutralidad. Podría haber alternativas varias como crear centros particulares con financiamiento del Estado o los propios centros de la Función Judicial.

Creo que serían los mismo funcionarios de la entidad los que tendrían la calidad de mediadores entonces son juez y parte, definitivamente así no puede funcionar, eso no va a dar credibilidad ni confianza a la persona que quiera mediar. Aún si los funcionarios fuesen independiente siempre queda la duda, por qué al centro de la entidad pública que tengo problemas?

Análisis: está claro que aunque en principio puede ser una buena idea, se rompe con el principio de neutralidad e imparcialidad, no importa inclusive si los funcionarios de ese centro pertenecen o no a determinado Ministerio, siempre habrá la desconfianza. Una solución podría ser que se acuda a mediación pero a un centro privado y que esto se realice por sorteo, pero siempre capacitando al funcionario público acerca de la factibilidad y pertinencia de lo que se va a mediar y además a esto debe acompañarse la voluntad política para acudir a mediar y a suscribir acuerdos despojándose de temores ante una eventual glosa.

El presente caso de análisis en que se pretende evaluar la posibilidad de instalar centros de mediación en los Ministerios para resolver problemas inherentes a la institución con los administrados y que pretende evitar la escalada del conflicto hasta llegar a la fase judicial debe estudiarse con detenimiento porque si bien podría tener grandes aportes en el campo laboral, agrícola (límites, etc.) no es conveniente para todos los ministerios y menos aún si los funcionarios del centro son parte del mismo sea como nómina, contrato de servicios ocasionales, contrato civil de servicios profesionales o alguna otra forma contractual que signifique dependencia. La herramienta se puede difundir más con la capacitación y formación en una cultura de paz a todo nivel desde la escuela y con la promoción y difusión que con la mera infraestructura.

Resumen y Análisis pregunta 10: ¿Cree usted que se debe crear un Registro Oficial de mediadores que lo lleve el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos a efectos de tener a través de un control reglamentario con normas claras para sanciones e incentivos por la actuación y conducta de los mediadores?

Resumen: el tema de los registros es importante para saber quiénes están calificados. Para sancionar e incentivar la conducta ya existen los códigos de ética y cada centro tiene su propio reglamento. La evaluación para ello puede ser muy subjetiva.

Es mucho más eficiente que se le sancione al centro porque alguno de sus mediadores cometió lo que fuere y no fue sancionado por el centro. Que el centro se encargue de los mediadores, el Consejo o el Ministerio de los Centros y los Centros a sus mediadores, a sus funcionarios administrativos.

El Registro es válido como mecanismo de comunicación, difusión, transparencia. No creo que el Ejecutivo o el Ministerio de Justicia deba manejar la sanción a los mediadores de eso debe hacerse cargo el Consejo de la Judicatura.

Sí de pronto a los centros para que brinden un buen servicio, pero como digo los usuarios también podrían usar la ley de defensa del consumidor. Hay que controlar la calidad pero también hay que incentivar.

Se necesita un control por parte del Consejo en el aspecto que los centros realicen un adecuado control. Para conocer de la sanción tendríamos que conocer el expediente y se tendría que elevar a un nivel público donde se mantienen los expedientes que es confidencial.

Análisis: La pregunta se la formula porque a pesar de que ya hay un registro en el Consejo Nacional de la Judicatura, éste no ejerce un control continuo sobre los centros y es conveniente enmarcar la actuación de los mediadores dentro de un marco ético profesional, toda vez que con su firma están acreditado un documento (acta) que tiene la validez de una sentencia, con efectos de cosa juzgada.

Es verdad que el control debe ser normado con reglas claras porque caso contrario la evaluación puede ser muy subjetiva llegando hasta el extremo de una persecución personal, sin embargo la responsabilidad encomendada al mediador amerita que se le exija cuentas en caso de haber una actuación fuera de lo normal, algunos Directores manifiestan como posibilidad que este control sea al Centro y no directamente al mediador, pero debe analizarse con más detenimiento ya que siempre se debe dar a la persona investigada todos los elementos necesarios para defenderse.

Otro punto a que se mencionó es la confidencialidad al investigarse a un mediador porque esto ameritaría abrir el expediente, ante lo cual cabe hacer el siguiente análisis: la confidencialidad en el sector público es relativa y más si estamos hablando de documentos públicos, por lo que todo debe ser muy transparente, hay casos en los que obviamente si cabe la confidencialidad como temas laborales, comerciales, de inversiones pero otros por ejemplo de contratación pública que no caben, además que se media sobre un marco legal establecido, no se puede acordar algo en contra de la

ley o la moral, por lo que si un caso amerita ser investigado y que compromete el interés, el patrimonio público, esto no debería ser un inconveniente.

La otra arista de la pregunta son los incentivos ya hoy por hoy solo se ve el lado negativo o punitivo pero hay que tener en cuenta que por la responsabilidad y el buen cumplimiento de los mediadores cabe implementar un sistema de incentivos, por ejemplo casi no hay mediadores a tiempo completo porque su remuneración es muy baja y aunque se puede ejercer la profesión la realidad es que los que median lo hacen porque les gusta no porque de ello pueden vivir, por lo que claro que ésta podría ser también una política de Estado para incentivar la herramienta, la adecuada remuneración a los mediadores.

Para finalizar se puede afirmar que lo que busca con el Registro es además de una base de datos de personal calificado, controlar e incentivar su actuación con reglas, la rendición de cuentas y el control más allá de lo dispuesto en la Ley de Transparencia se ha ido incorporando como una política de Estado, al ser incorporada en la Constitución y hasta se la ha implementado como una Función del Estado.

ANEXO 3

PROPUESTA DE LEY REFORMATORIA A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Luego del artículo 43 de la Codificación a la Ley de Arbitraje y Mediación, LAYME agréguese los siguientes artículos:

43.1. Se establece con el carácter de obligatorio la mediación previa a todo juicio en materias transigibles. Este procedimiento tiene por objeto fomentar la comunicación entre las partes para lograr una solución extrajudicial al conflicto.

Estarán excluidas del procedimiento previo obligatorio de mediación:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- d) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- e) Medidas cautelares; y,
- f) Diligencias preliminares y prueba anticipada.

Serán materias optativas para el reclamante a ser planteadas en el proceso de mediación como requisito previo, las correspondientes a: ejecución y desalojo. El requerido no podrá cuestionar esta vía.

43.1.1 Créese en el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, MJCYDH, la Escuela y el Registro Oficial de Mediadores con las atribuciones estipuladas en el Reglamento a la presente Ley.

La Escuela Oficial de Mediadores se encargará de la formación básica así como especializada de los aspirantes a mediadores a través de seminarios talleres, concluyendo con la aprobación de un examen. La segunda etapa de la formación comprenderá las pasantías cuya metodología de evaluación y número de horas será fijado por vía reglamentaria.

El MJCYDH, para la adecuada capacitación de los aspirantes a mediadores, tendrá con el apoyo de profesionales expertos de los diferentes centros de mediación legalmente reconocidos y contará con el aval de las diferentes universidades acreditadas en el país.

El Registro de Mediadores, establecerá las sanciones e incentivos a los Centros de mediación por su desempeño y por su adecuado funcionamiento. El Registro estará comprendido por: Registro de Mediadores; Registro de Centros de Mediación; Registro de Profesionales Asistentes; y, Registro de Instituciones de Capacitación.

En todos los procedimientos de mediación, al concluir, éstos deberán ser enviados por los Centros de Mediación al Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, para los fines de su Registro y certificación de los instrumentos pertinentes. La información no violentará de ninguna forma el principio de confidencialidad. En ningún caso los Centros de Mediación emitirán actas parciales correspondientes a cada audiencia dentro del proceso.

43.1.2.- Límites de la confidencialidad: La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos:

- a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron; y,
- b) Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose.

El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

43.2.- Financiamiento: Créase un fondo de financiamiento que solventará las erogaciones que amerite el funcionamiento del sistema de mediación previa obligatoria, para lo cual se emitirá un Reglamento que detalle las erogaciones estatales y las demás formas de incrementar dicho fondo.

43.2.1.- Integración del fondo de financiamiento: El fondo de financiamiento se integrará con los siguientes recursos:

- a) Las sumas previstas en las partidas del Presupuesto General del Estado;
- b) Los aranceles administrativos y matrículas que se establezcan reglamentariamente por los servicios que se presten en virtud de esta ley;
- c) Por las multas en concepto de incomparecencia de una o ambas partes al proceso de mediación, la misma que será equivalente al 9% del salario de un Magistrado de la Corte Nacional de Justicia; y,
- d) Las que se produzcan por donación, legado de personas naturales hacia los Centros de Mediación Reconocidos legalmente.

43.3.- Procedimiento: El reclamante presentará una solicitud de mediación en la oficina de sorteos, la misma que deberá ser suscrita conjuntamente por un abogado inscrito en el Foro. La solicitud versará sobre materia transigible y una vez aceptada se procederá al sorteo de la causa conjuntamente con el juez que eventualmente conocerá de ésta en caso de que fallare la mediación.

Las partes de común acuerdo podrán incorporar en la solicitud el nombre del mediador que deseen intervenga en el proceso de mediación en cuyo caso no se efectuará el sorteo del profesional para esa etapa.

La copia certificada del acta de imposibilidad de acuerdo o de la constancia de imposibilidad de mediación tendrá como consecuencia el conocimiento del conflicto por un juez.

La falta de concurrencia de una de las partes será tomada en cuenta al momento de la condena en costas al dictarse la sentencia.

El procedimiento de mediación previa sustituye al trámite obligatorio de conciliación previsto en los diferentes juicios sobre materias transigibles. Sin perjuicio de lo dispuesto, las partes de común acuerdo podrán solicitar al juez, dentro del juicio, acudir nuevamente a mediación para resolverlo.

43.4.- Del plazo, la prescripción y la caducidad: la mediación interrumpe el plazo de la prescripción desde la notificación al requerido.

La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;

b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial;

c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero. En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación.

En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanudará a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

43.5. Tiempo de duración del proceso: El plazo para realizar la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En el caso del artículo 43.1 inciso final, el plazo será de treinta (30) días

corridos. En ambos supuestos el término podrá prorrogarse por acuerdo de las partes.

43.6.- Del contacto entre partes y mediador: queda totalmente prohibido el contacto previo entre las partes y el mediador antes de efectuarse el proceso de mediación, así como el contacto con el Director del Centro.

43.7.- Comparecencia de terceros: en el proceso de mediación, a petición de parte o de oficio, el mediador podrá incorporar a una o más personas que tengan un papel protagónico para resolver el conflicto.

El mediador ha pedido de las partes podrá incorporar uno o más profesionales para ayudar a las partes a resolver el conflicto sujeto a mediación. La lista de los profesionales intervinientes se implementará de forma reglamentaria.

Los profesionales asistentes deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediadores, en el capítulo correspondiente al Registro de Profesionales Asistentes que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos.

43.8.- El Consejo Nacional de la Judicatura en conjunto con el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos regularán las tarifas y fijarán los estándares que los Centros y Mediadores deberán cumplir. Cada dos años, de ser necesario, se revisarán y ajustarán las tarifas y estándares a cumplirse.

Disposiciones Transitorias

PRIMERA.- En los cantones mientras no existan Centros de Mediación, no será obligatoria la mediación previa a todo juicio en materias transigibles.

SEGUNDA.- Los dos primeros años contados desde la promulgación de esta ley reformativa, se implementará la mediación prejudicial obligatoria en asuntos de niñez y adolescencia. Vencido este plazo, la ley regirá para todos los conflictos que sean transigibles.

TERCERA.- El Consejo Nacional de la Judicatura, en el plazo de un año y medio a partir de la vigencia de esta ley, creará, implementará y mejorará a través del organismo ejecutor correspondiente Centros de Mediación en todos los cantones del país. Hasta su total implementación, el Consejo Nacional de la Judicatura podrá contratar con los servicios de los Centros de Mediación privados legalmente reconocidos (registrados) y que cuenten con la infraestructura adecuada para atender la demanda.

CUARTA.- Para el adecuado funcionamiento de la Escuela y del Registro Oficial de Mediadores, el Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, elaborará el respectivo Reglamento en el término de 90 días contados a partir de la promulgación de esta Ley en el Registro Oficial.

QUINTA.- El Consejo Nacional de la Judicatura prestará todo el apoyo necesario al Ministerio de Justicia, Cultos y Derechos Humanos, para el traspaso de toda la información que actualmente posee acerca de los Centros de Mediación a nivel nacional.

DEROGATORIAS.- Derogase el artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil. Derogase la conciliación obligatoria establecida en los procedimientos judiciales, en materias transigibles.

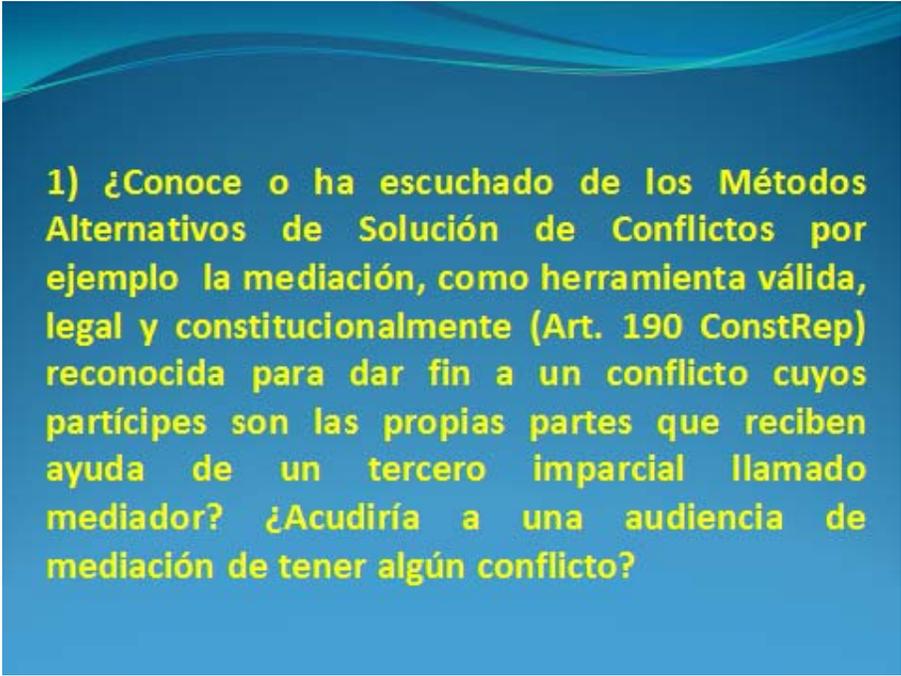
ANEXO 4

Resultados de las encuestas aplicadas a los estudiantes y docentes de las universidades:

Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE.

Universidad de las Américas, *Laureate International Universities*, UDLA.

Universidad Iberoamericana, UNIBE.



1) ¿Conoce o ha escuchado de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos por ejemplo la mediación, como herramienta válida, legal y constitucionalmente (Art. 190 ConstRep) reconocida para dar fin a un conflicto cuyos partícipes son las propias partes que reciben ayuda de un tercero imparcial llamado mediador? ¿Acudiría a una audiencia de mediación de tener algún conflicto?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI	99	100
NO	1	



RAZONES DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 1 (TABULACIÓN CUALITATIVA)			
SI (99%)	FRECUENCIA	SI (99%)	FRECUENCIA
Rapidez, economía, mantiene la relación entre las partes	15	Por ser una vía más amistosa	2
Método rápido y menos desgastante que la justicia ordinaria	10	El proceso es más corto	1
Porque las partes son artífices de la solución	10	Celeridad en la solución de conflictos	1
Por desconfianza en el sistema judicial	9	Evita acudir a otras instancias y son las partes las que resuelven sus diferencias	1
Es un método para llegar a un acuerdo entre las partes	8	Puede dar por concluido el conflicto	1
Ayuda a la economía procesal	6	Hay un beneficio equitativo en las partes involucradas	1
Es importante llegar a un acuerdo antes que a un juicio	5	Aclara los conflictos controvertidos y obtienen una solución que nace de las partes y no de la corrupción de un juez	1
Por ser una alternativa legal, constitucional y válida	5	No hay perdedores ni ganadores, todos ganan	1
Existen buenos mediadores y centros de mediación	4	Porque el acta de mediación tiene la misma fuerza que una sentencia	1
Evita todo trámite judicial	3	Asegura el cumplimiento de la obligación ya que la solución nace de las partes	1
NO (1%)	FRECUENCIA		
Porque prepara el litigio para resolver problemas, no la mediación	1		

2) ¿Considera que la actual administración de justicia en el país goza de confianza, transparencia y eficacia para despachar (evacuar) oportunamente y en los tiempos establecidos por ley los juicios planteados de diferente índole?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI	1	100
NO	86	
PARCIALMENTE	13	

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PORCENTUAL



**RAZONES DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 2
(TABULACIÓN CUALITATIVA)**

NO (86%)

Por corrupción

Acumulación de trámites

Ineficiencia

Vagancia

Falta de infraestructura y ética

Maltrato a los funcionarios

Lentitud

3) ¿Cree usted que con la utilización de la mediación, el Estado y los particulares se podrían ahorrar tiempo y dinero para solucionar sus conflictos sin tener que acudir directamente a la justicia ordinaria, utilizándola para los casos que sean transigibles?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI	87	100
NO	8	
NO RESPONDEN	5	

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PORCENTUAL



RAZONES DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 3 (TABULACIÓN CUALITATIVA)

SI (87%)

Se ahorra tiempo y dinero

Se descongestiona el sistema judicial

Se llega a un acuerdo de una manera pacífica

Los procesos ordinarios son llenos de trabas, lentos y corruptos

Porque la justicia ordinaria no puede evacuar la carga procesal existente

Agilidad y transparencia

Porque las partes deben solucionar sus problemas y no llegar a la justicia ordinaria como último recurso

Celeridad en el proceso judicial

Ha dado buenos resultados en la comunidad Shuar

Porque los juzgados están saturados y hay falta de jueces y juzgados

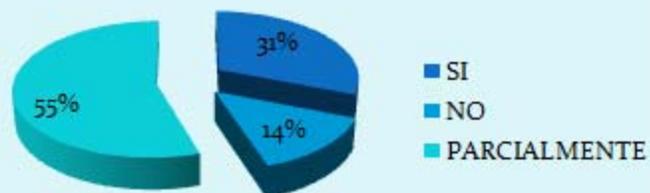
Porque es un proceso simplificado

Porque la justicia ordinaria debe tratar solo casos complejos

4) Según su criterio, ¿Podría afirmarse que la mediación ha descongestionado el sistema judicial en el país de manera considerable ?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI	31	100
NO	14	
PARCIALMENTE	55	

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PORCENTUAL



**RAZONES DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 4
(TABULACIÓN CUALITATIVA)**

SI (31%)	NO (14%)
Quando existe predisposición	Porque su difusión y aplicación es escasa
A pesar de haber un conocimiento limitado de las partes	Por desconocimiento
	No hay difusión en intereses particulares

5) ¿Qué soluciones propondría usted, a fin de superar las desventajas o limitaciones de la mediación en nuestro país, tales como falta de difusión, de capacitación, abuso de la voluntariedad, la cultura de litigio, falta de presupuesto para los centros de mediación anexos a las cortes, etc.?

(TABULACIÓN CUALITATIVA)

- ❖ **Mayor publicidad**
- ❖ **Difusión**
- ❖ **Promoción**
- ❖ **Capacitación**
- ❖ **Campaña de concientización**
- ❖ **Crear más centros**
- ❖ **Difusión de beneficios y ventajas**
- ❖ **Mayor protagonismo en el sector privado**
- ❖ **Hacer énfasis en los costos**
- ❖ **Que existan personas especializadas en mediación**

6) ¿En qué casos relacionados con el interés público, considera usted, que debería acudirse de manera previa obligatoria a la mediación?

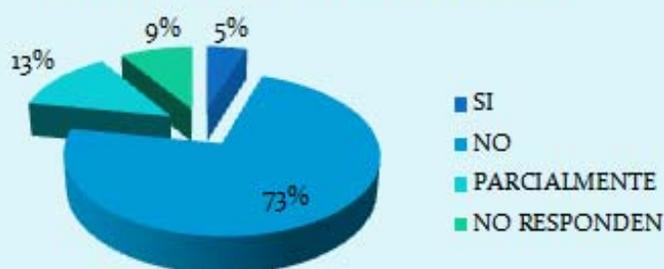
TABULACIÓN CUALITATIVA

CONSIDERACIONES	FRECUENCIA	CONSIDERACIONES	FRECUENCIA
Laboral	21	Escolar	3
Contratos	20	Injurias	2
Familiares	17	Salud	2
Civiles	15	Deudas	2
Alimentos	15	Linderos	2
Administrativos	13	Expropiaciones	2
Penal	11	Indemnización	2
Tributario	10	Fiscales	2
Divorcios	9	Comerciales	2
Herencias	6	Concesiones	1
Tránsito	5	Remuneraciones	1
Inquilinato	5	Liquidación	1
Ambientales	4	Conflictos por incumplimiento de contratos en obras públicas	1
Mercantil	4	Contratación pública	1
Estafa	4	Publicidad falsa	1

7) ¿Cree usted que el Estado ha implementado políticas conducentes para la eficaz utilización y difusión de los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI	5	100
NO	73	
PARCIALMENTE	13	
NO RESPONDEN	9	

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PORCENTUAL



PROPUESTAS A LA PREGUNTA NO. 7 (TABULACIÓN CUALITATIVA)

Más centros de mediación

Publicidad, información, educación a los ciudadanos en esta materia

Mostrar eficacia

Reestructura de la ley

Obligatoriedad en casos específicos

Implementación a nivel general

Debería existir como prerrequisito

Para acudir a la justicia ordinaria

8) ¿Qué propondría usted como política de Estado para la difusión e implementación de este método pacífico de solución de conflictos?

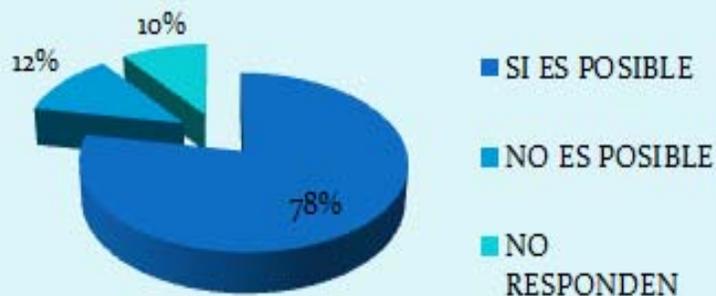
TABULACIÓN CUALITATIVA

PROPUESTAS	FRECUENCIA	PROPUESTAS	FRECUENCIA
Difusión y conocimiento sobre las ventajas de la mediación	12	Obligatoriedad de la Cátedra en instituciones educativas	2
Capacitación a los Directores de los Centros	8	Seminarios para públicos, estudiantes y profesionales	2
Que el Estado financie su implementación	6	Agregar la mediación como requisito procedimental en el Código de Procedimiento Civil	2
Crear Centros de mediación	6	Facilidad para las personas en especial en lo económico para acceder a la mediación	1
Que la mediación sea obligatoria para ciertas materias transigibles	5	Que todos los estudios jurídicos ofrezcan este servicio	1
Capacitación a nivel empresarial e implementación como requisito previo obligatorio	5	La mediación debe instaurarse en todos los procesos litigiosos	1
Que en las Universidades se cree una especialidad en mediación	4	Capacitación y socialización a los funcionarios públicos	1
Que se agote los MASC antes de ir a juicio	3	Dar mayor importancia a los Centros de Mediación	1
Que cada juzgado utilice la mediación como una alternativa de las partes	3	Que el juez en la audiencia de conciliación explique las ventajas de la mediación	1
El juez debe derivar obligatoriamente la causa a un Centro de Mediación	3	Educar al abogado para que utilice este método	1

9) ¿Cuál es su criterio respecto a la posibilidad de que la mediación sea utilizada como un requisito previo para acudir a la justicia ordinaria (como sucede en otros países como Argentina, España, Chile, Colombia, etc.) para los casos de interés público como temas familiares, administrativos (dentro de los Ministerios), contratación pública, escolar, salud, etc.?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI ES POSIBLE	78	100
NO ES POSIBLE	12	
NO RESPONDEN	10	

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PORCENTUAL



CRITERIOS DE RESPUESTAS A PREGUNTA NO. 9 (TABULACIÓN CUALITATIVA)			
SI (78%)	FRECUENCIA	SI (78%)	FRECUENCIA
Se ahorraría tiempo y dinero	10	Porque hay juzgados que están saturados	1
Agilizaría los trámites en la justicia ordinaria	10	Porque en la mayoría de los casos terminaría el conflicto	1
Descongestionaría la actividad judicial y sería beneficioso para las partes	6	Requisito previo para mediar entre las partes	1
Porque los temas de interés público son controversiales y es mejor solucionarlos en mediación, que con un litigio	5	Son temas de interés en la sociedad entera	1
Mejoraría el sistema de justicia	4	Se daría una oportunidad a las partes en conflictos para que lleguen a una solución	1
Se lograría descongestionar y evacuar las causas represadas en los juzgados	4	Precautela la relación de las partes	1
Ayudaría a solucionar casos pendientes	4	Porque son países desarrollados en el ámbito del derecho	1
Facilidad al acceso a la justicia	3	Porque es rápido	1
Sería productivo	1	Porque es lícito y se fomenta una cultura de paz	1
Sería útil porque descongestionaría la función judicial y habría más justicia	1	Para la economía procesal	1
Se evita perder sentencias	1	Siempre y cuando se firme un acto de mediación	1
Se reduciría la burocracia y el Estado se beneficiaría económicamente	1	Sería recomendable para que no se saturen los juzgados	1
Porque la justicia ahora es un caos	1		
NO (12%)	FRECUENCIA		
No existe capacidad académica	1		
Deber ser opcional	2		
Nunca debe ser decisión de las partes	1		

10) ¿Considera usted que actualmente en las Cortes de Justicia (juzgados) los funcionarios (jueces) utilizan los métodos alternativos de solución de conflictos como la mediación, a través de la derivación procesal?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA (f)	TOTAL ENCUESTAS
SI	9	100
NO	52	
A VECES	31	
NO RESPONDEN	8	



CONCLUSIONES:

- La afluencia de casos a los Centros de Mediación ha tenido un incremento constante pero muy moderado.
- Los directores de Centros han aseverado que las actas se cumplen en su gran mayoría aunque no existe hoy en día un seguimiento formal de aquellas.
- Tanto los estudiantes y docentes de derecho de las universidades encuestadas han manifestado que la mediación es un método efectivo para solucionar conflictos de interés público pero que no se la ha implementado como para descongestionar el sistema considerablemente.
- Se necesita un mayor nivel de difusión, promoción y capacitación a la ciudadanía y en especial a los funcionarios públicos y agentes de justicia para que usen la herramienta.
- Existe un temor reverencial de los funcionarios públicos que les impide concretar acuerdos en las audiencias de mediación ante una eventual glosa de la CGE.
- Las encuestas revelan aceptación de la posibilidad de implementar a la mediación como requisito previo.